Die Voraussetzungen des recours pour excès de pouvoir.

Ein Beitrag zur Theorie des französischen Verwaltungsrechtes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde,

welche mit Genehmigung der

hohen juristischen Fakultät

der

Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

nebst den angefügten Thesen am 14. Oktober 1912, mittags 12 Uhr,

öffentlich verteidigen wird

Fritz Wodtke,

Referendar in Saarbrücken.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Opponenten:

Referendar **Kummerow.**

Referendar **Homann.**

Tübingen

Druck von H. Laupp jr.

1912.

Vorliegende Arbeit ist nach eingeholter Genehmigung der Fakultät als ein Teil der Gesamt-Dissertation gedruckt, welche unter dem Titel: „Der recours pour excès de pouvoir. Eine Studie aus dem französischen Staats- und Verwaltungsrecht“ als Band XI, Heft 3 der Sammlung „Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht“, herausgegeben von Professor Dr. Philipp Zorn und Professor Dr. Fritz Stier-Somlo, im Verlage von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen demnächst erscheinen wird. Zur Orientierung ist der Plan des Ganzen beigefügt.

Meinen lieben Eltern.

Inhalt der ganzen Arbeit.

Einleitung . . . . . .
I. Abschnitt: Die Geschichte des recours pour excès de pouvoir . .
§ 1. . . . . .
II. Abschnitt: Zweck und Wesen des recours pour excès de pouvoir .
§ 2. Der Rekurs als Rechtsgebilde . . . . . .
III. Abschnitt: Die Voraussetzungen des Rekurses . . . . . .
§ 3. Die Aktivlegitimation beim recours pour excès de pouvoir .
§ 4. Der Gegenstand des recours pour excès de pouvoir . . . .
IV. Abschnitt: Der Begriff des excès de pouvoir . . . . . .
§ 5. Allgemeines . . . . . .
§ 6. Die Inkompetenz . . . . . .
§ 7. Der Formmangel . . . . . .
§ 8. Die materielle Rechtswidrigkeit im eigentlichen Sinne (violation de la loi) . . . . . .
§ 9. Das Détournement de pouvoir . . . . . .
V. Abschnitt: Der Prozeßgang im recours pour excès de pouvoir . .
§ 10. Die Fristen . . . . . .
§ 11. Der eigentliche Prozeßgang . . . . . .
VI. Abschnitt: Die Entscheidung im recours pour excès de pouvoir .
§ 12. . . . . .

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544727_0124

Verzeichnis der benutzten Literatur.

A) Lehrbücher, Aufsätze, Abhandlungen usw.

* Artur, De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer, in der Revue du droit public, Jahrgänge 1900, 1902, 1903.

* Aucoc, Conférences sur l'administration et le droit administratif, 3 Bände, bes. Bd. I, Paris 1886.

—, Le Conseil d'Etat et les recours pour excès de pouvoir, Paris 1879, Sonderabdruck aus der Revue des deux mondes.

* Barthélémy, Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français, Paris 1899.

* Baudouin, La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir, Paris 1904.

* Berthélémy, Traité élémantaire de droit administratif, 6. Auflage, Paris 1910.

* Brémond, Des actes de gouvernement, in der Revue du droit public, Jahrgang 1896, Bd. I, S. 297.

* Le Courtois, Des actes de gouvernement. Poitiers 1899.

* Dareste, La justice administrative en France, 2. Auflage, Paris 1898.

* Ducrocq, Cours de droit administratif; 4 Bände, Paris 1897—1901.

* Duguit, Etudes de droit public, 2 Bände, Bd. I: L'État, le droit objectif et la loi positive, Paris 1901, Bd. II: L'État, les gouvernants et les agents, Paris 1903.

* Ebren, Théorie du détournement de pouvoir, Valence 1901.

* Fourdinier, L'excès de pouvoir en matière administrative, Paris 1903.

* Fuzier- Herman, Répertoire général alphabétique du droit français, Bd. 13, Artikel „Conseil d'État", S. 371 sq., Paris 1895 und Bd. 21, Artikel „excès de pouvoir", S. 208 sq., Paris 1900.

* Grélat, Essai d'une théorie juridique de l'instruction de service, Paris 1908.

* Grivellé, De la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, Paris 1901.

* Haurion, Précis de droit administratif et de droit public général, 4. Auflage, Paris 1901 und 5. Auflage, Paris 1903.

—, La gestion administrative, Paris 1899.

* Jacquelin, Les principes dominants du contentieux administratif, Paris 1899.

* Jèze, Les principes généraux du droit administratif, in der Revue générale d'administration, Jahrgang 1903, Bd. II und III.
* Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2. Auflage, Paris und Nancy 1896.
* v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig und Wien 1910.
* Loening, Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit, in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen Rechtes, Bd. V (1879), S. 337 sq., Bd. VI (1880), S. 12 sq., 181 sq., 308 sq.
Marie, Le droit positif et la juridiction administrative, 2 Bände, Paris 1903.
—, De l'avenir du recours pour excès de pouvoir, in der Revue du droit public, Jahrgang 1901, Bd. II, S. 265 sq. und 476 sq.
Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechtes, Straßburg 1886.
* Michoud, Des actes de gouvernement, in den Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble, Jahrgang 1889, Bd. I.
Tezner, Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde, im Jahrbuch des öffentlichen Rechtes, Bd. V, 1911. S. 67 sq.
* Tirard, De la responsabilité de la puissance publique, Paris 1906.
* Tournyol du Clos, Essai sur le recours pour excès de pouvoir, Bordeaux 1905.
Worms, La juridiction du Conseil d'État e ses tendances actuelles, Paris 1906.

B) Entscheidungssammlungen etc.

Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, begründet von Dalloz. sämtliche Jahrgänge.

Recueil général des lois et des arrêts, begründet von J. B. Sirey, sämtliche Jahrgänge (die Entscheidungen aus dem ersten Viertel des neunzehnten Jahrhunderts finden sich in chronologischer Reihenfolge in besonderen Bänden).

Recueil des arrêts du Conseil d'État, begründet von Macarel, fortgesetzt von Lebon, später von verschiedenen, sämtliche Jahrgänge.

Die Werke sind, soweit sie mit einem * bezeichnet, nur mit den Namen der Verfasser zitiert. Die Entscheidungssammlungen von Dalloz und Sirey sind mit D. bezw. mit Si. zitiert; von den dahinterstehenden Ziffern bezeichnet die erste den Jahrgang, die zweite die Abteilung, die dritte die Seite innerhalb der Abteilung. Die Lebonsche Sammlung ist mit Leb. zitiert. Die dahinterstehende Ziffer bezeichnet die Seite des Jahrgangs der Jahreszahl der Entscheidung.

Es bedeuten:

C. pén. = Code penal
C. c. = Code civil
C. pr. c. = Code de procédure civile
C. d'instr. crim. = Code d'instruction criminelle
C. E. = Staatsrat
Confl. = Konfliktsgerichtshof
Cass. civ. bezw. crim. = Kassationshof, chambre civile bezw. criminelle.

Für die deutschen Gesetze sind die üblichen Bezeichnungen angewandt.

Vorwort.

Der Gedanke des modernen auf dem Prinzip der Trennung der Gewalten beruhenden Rechtsstaates ist von allen europäischen Ländern zuerst in Frankreich verwirklicht worden. Die Revolution, auf die die Montesquieuschen Doktrinen stark eingewirkt haben ist als der Ausgangspunkt dieser Verwirklichung anzusehen; in der Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 26. August 1789 heißt es in Art. 16: „Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution." Diesem Grundsatz ist man in Frankreich durch die verschiedenen Regierungssysteme hindurch treu geblieben; er gilt dort noch heute und wird in der Rechtsprechung heute mehr betont denn je.

Wenn in einem Staat die richterliche und vollziehende Gewalt scharf von einander getrennt sind, so ergibt sich daraus, daß gegen Handlungen der letzteren die erstere nicht angerufen werden kann. Trotzdem aber verlangt der moderne Rechtsstaat eine Garantie gegen Willkür und Ungesetzlichkeit in der Verwaltung. Dieser Gedanke führte einmal zur Schaffung besonderer Verwaltungsgerichte; er führte aber auch zur Schaffung einer besonderen Wissenschaft, die uns lehrt, wie und wann diese Verwaltungsgerichte gegen die aktive Verwaltung angerufen werden können. Diese Wissenschaft systematisch dargestellt zu haben, ist das große und bleibende Verdienst Laferrières; ihm ist es vorbehalten gewesen, die verschiedenen vor den Verwaltungsgerichten möglichen Rechtsbehelfe in Gruppen zu teilen und auf klar bestimmte Formeln zu bringen; er ist es gewesen, der die Verschiedenheit der Rekurse ihrem Wesen nach erkannt hat.

Einen dieser Rekurse, zwar nicht den am häufigsten vorkommenden, wohl aber den wichtigsten und die Freiheit des Staatsbürgers am höchsten garantierenden, den recours pour excès de pouvoir, auf seine Voraussetzungen hin zu untersuchen, ist der Zweck der vorliegenden Arbeit.

Einleitung.

„Der recours pour excès de pouvoir ist eine verwaltungsrechtliche Klage, die, vor dem Staatsrat angestellt, die Aufhebung eines Verwaltungsaktes und nur diese zum Ziel hat.“

Aus dieser Definition ergeben sich zwei Punkte, die für den gesamten Verlauf unserer Untersuchung festzuhalten sein werden, nämlich:

1. Der recours pour excès de pouvoir ist ein objektiver Rechtsbehelf. Seine Anstellung ist nicht die Geltendmachung eines subjektiven, dem Einzelnen zustehenden Rechtes, sondern sie ist die Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Befugnis, die im Interesse der Allgemeinheit dem Einzelnen gegeben ist und eine Rechtskontrolle über die aktive Verwaltung zu schaffen zum Zweck hat. Das folgt daraus, daß der Rekurs sich nicht gegen eine bestimmte Person, sondern gegen einen Verwaltungsakt als solchen richtet, daß es sich demnach nicht um einen Streit zwischen Parteien handelt.

2. Der recours pour excès de pouvoir ist nicht etwa nur eine Art Verwaltungsbeschwerde, sondern er ist trotz des kassatorischen Charakters der Entscheidung eine wirkliche, bei einem Verwaltungsgericht, dem Staatsrat anzubringende Klage; er gehört, französisch ausgedrückt, zum contentieux administratif. Das folgt zunächst aus der Bestimmung des Art. 9 des Ges. v. 24. Mai 1872, insbesondere aus dem Worte „souverainement“, ferner auch aus der Praxis des Staatsrates, die den recours pour excès de pouvoir stets als zum contentieux gehörig angesehen hat.

Wie bei jeder Klage, so kann auch beim recours pour excès de pouvoir das zu fällende Urteil zweierlei Natur sein. Entweder es wird die Klage a limine abgewiesen, ohne daß eine Entscheidung in der Sache selbst ergeht; dies geschieht, weil die Voraussetzungen zur Erhebung der Klage fehlten. Oder aber die Entscheidung ergeht in der Sache selbst und zwar besteht sie in Klageabweisung oder Aufhebung des angefochtenen Verwaltungs-

aktes, je nachdem die Klage dem Grunde nach gerechtfertigt war oder nicht.

Hieran anknüpfend unterscheidet die französische Wissenschaft zwischen „ouvertures“, d. h. Klagegründen, aus welchen die Aufhebung eines Aktes erfolgen kann und Prozeßabweisungsgründen, sog. „fins de non-recevoir“.

Was die fins de non-recevoir betrifft, so unterscheidet die Wissenschaft deren vier, sie hält nämlich den Rekurs für non recevable:

1. wenn der Kläger zur Erhebung der Klage nicht aktiv legitimiert ist,
2. wenn der anzufechtende Verwaltungsakt nicht ein solcher ist, der mittels des recours pour excès de pouvoir angefochten werden kann,
3. wenn der Rekurs nicht form- und fristgerecht angestellt ist,
4. wenn gegen den anzufechtenden Verwaltungsakt ein anderer, ein sogenannter Parallelrekurs existiert.

Was die dritte dieser fins de non-recevoir anlangt, so ist sie rein prozessualer, mithin formell-rechtlicher Natur; sie mag daher für vorliegende Untersuchung ausscheiden.

Von den übrigen Prozeßabweisungsgründen liegen der erste in der Person des Klägers, der zweite und vierte in der Natur des anzufechtenden Aktes. Da sich aber die Frage der Aktivlegitimation des Klägers sowohl wie die der „Passivlegitimation“ des Verwaltungsaktes nach materiellem Recht bestimmen, so sind auch die diesbezüglichen Prozeßabweisungsgründe materiellrechtlicher Natur, zum mindesten haben sie nichts mit dem prozessualen Verfahren zu tun. Die Erörterung dieser drei fins de non-recevoir bildet aber zugleich eine Darstellung der Voraussetzungen des Rekurses, soweit diese nicht formell-prozessualer Natur sind. Denn da notwendigerweise diese Voraussetzungen nur in der Person des Klägers oder in dem anzufechtenden Akt liegen können, so erhält man dieselben, wenn man die Gruppen von Fällen zusammenstellt, in denen der Staatsrat sie nicht für vorliegend hält und die Gründe erforscht, warum er dies nicht tut.

§ 3. Die Aktivlegitimation im recours pour excès de pouvoir.

Wenn wir in der Einleitung gezeigt haben, daß der recours pour excès de pouvoir ein Weg zur richtigen Anwendung objektiven Rechtes ist, so folgt daraus noch nicht, daß dieser Weg nun auch ohne weiteres jedermann offen steht. Wäre letzteres der Fall, so würde der Rekurs den Namen einer actio popularis, als die ihn die französischen Schriftsteller in Anlehnung an das römische Recht bisweilen bezeichnen [1]), im wahrsten Sinne des Wortes verdienen. Es ist ja gewiß zuzugeben, daß das Ideal einer allgemeinen Rechtskontrolle der Verwaltung durch das Publikum auf diese Weise seiner Verwirklichung am nächsten gerückt würde; andererseits sind indessen die Nachteile, die die ungehinderte Zulassung des Rekurses mit sich bringt, so groß, daß der Staatsrat sich nicht hat entschließen können, den Rekurs als eine actio popularis anzusehen. Denn das System der actio popularis würde, zumal der Rekurs mit fast gar keinen Kosten verknüpft ist, mit einer uneingeschränkten Einmischung aller in die Angelegenheiten der Verwaltung gleichbedeutend sein. Daß der Rekurs in diesem Falle aber mehr Schaden als Nutzen stiften, daß insbesondere eine gewisse Unsicherheit in die gesamte Verwaltung hineingetragen werden kann, liegt auf der Hand. Der Staatsrat verlangt daher die Erfüllung gewisser Voraussetzungen, die den Kläger als solchen erst legitimieren müssen und mangels derer der Rekurs als non recevable abgewiesen wird.

Zunächst muß der Kläger rechts- und somit auch parteifähig sein; es finden hier mangels anderer Vorschriften die Regeln des Code civil und des Code de procédure civile Anwendung [2]), so daß demnach juristische Personen des Privatrechts gleichfalls fähig sind, den Rekurs anzustellen [3]). Was die juristischen Personen

1) Z. B. Berthélémy, S. 931.

2) Cfr. die Zusammenstellung aller hierher gehörigen Regeln des Zivil- und Zivilprozeßrechts bei Fuzier-Herman, Bd. 13, Artikel: Conseil d'Etat, No. 638, S. 420.

3) C. E. 25. März 1887, propriétaires des bains de Paris, Si 89, 3, 7; 24. März 1899, syndicat des bouchers de Bolbec, Leb. 242; 19. Februar 1904, Chambre syndicale des fabricants-constructeurs pour matériaux de chemins de fer et tramways, Leb. 131.

des öffentlichen Rechtes angeht, so sind auch diese zur Anstellung des Rekurses befugt[1]). In betreff der Nichtigkeitserklärung der Beschlüsse von Vertretungen politischer Verbände ist jedoch Laferrière[2]) darin zuzustimmen, daß einzig und allein die Munizipalräte den Rekurs gegen das die Nichtigkeit konstatierende oder bewirkende arrêté des Präfekten (Art. 63, 64 des Munizipalgesetzes vom 5. April 1884) in der Form des recours pour excès de pouvoir (der wohl als wirklicher recours pour excès de pouvoir angesprochen werden kann) anstellen können, da Art. 67 des Munizipalgesetzes sie ausdrücklich dazu ermächtigt. Wollte man diese Ermächtigung im Wege der Analogie auch auf die Generalräte und Departementalkommissionen ausdehnen, so würde die Kontrolle der Beschlüsse dieser Vertretungen, die doch wie Art. 33 und 47 des Ges. v. 10. August 1871 ergeben, der Gesetzgeber der Regierung zu geben beabsichtigt, vollkommen in die Hände eines Verwaltungs*gerichts*, nämlich des Staatsrates übergehen.

Daß, falls die Vertretung eines politischen Verbandes den Rekurs anstellt, stets die Vertretung als solche klagen muß und daß das Auftreten einzelner ihrer Mitglieder als Kläger nicht genügt, ist selbstverständlich[3]).

Die Praxis des Staatsrates verlangt aber weiter, daß derjenige, der den recours pour excès de pouvoir anstellt, ein Interesse an der Aufhebung des Verwaltungsaktes, den er anficht, nachweist. Es muß jedoch nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen werden, daß dies Interesse nicht etwa den Klagegrund bildet, daß der Rekurs nicht etwa seine Geltendmachung darstellt; es ist vielmehr lediglich als eine condition de recevabilité anzusehen, und sein Vorhandensein ist als Klagevoraussetzung nur aufgestellt, um nicht jedermann zu gestatten, sich in die Angelegenheiten der Verwaltung einzumischen[4]).

Welcher Art muß das Interesse sein, dessen Vorhandensein der Staatsrat zur Anstellung des Rekurses verlangt? Zwecks Beantwortung dieser Frage hat Baudouin[5]) eine vortreffliche Definition aufgestellt, die der Praxis des Staatsrates durchaus entspricht

1) C. E. 22. Juli 1900, Ville de St. Gaudens, Si 02, 3, 98.

2) Laferrière II, S. 444/45.

3) C. E. 14. März 1890, Duchasseint, Leb. 277.

4) Cfr. Berthélémy, S. 929/30: „L'intérêt invoqué n'est pas la cause du recours, il n'est que la justification du caractère sérieux que présente l'action."

5) Baudouin, S. 5.

und der wir uns daher anschließen. Baudouin bezeichnet nämlich als Interesse: „die Gesamtheit der wirtschaftlichen Kräfte sowie der materiellen, intellektuellen und moralischen Vorteile, die in der menschlichen Gesellschaft die Tätigkeit des einzelnen und die der Allgemeinheit bestimmen". Hieraus ist zunächst soviel zu entnehmen, daß, wer ein Interesse am Eintreten oder Nichteintreten eines Ereignisses hat, annimmt, daß eben dies Ereignis gerade ihm Vorteil bezw. Nachteil bringen wird. Ferner aber braucht nach der Baudouinschen Definition das Interesse keineswegs immer ein materielles oder pekuniäres zu sein, es gibt vielmehr auch rein moralische Interessen.

In dieser Richtung bewegt sich auch die Praxis des Staatsrates. Er verlangt allerdings ein direktes und persönliches Interesse auf seiten des Klägers, er verlangt, daß der Vorteil einer etwaigen Aufhebung des anzufechtenden Verwaltungsaktes gerade dem Kläger vor anderen Personen und zwar unmittelbar zugute komme; er verlangt aber nicht durchaus, daß dieser Vorteil ein pekuniärer sei, sondern erkennt die Berechtigung des nur moralisch Interessierten zur Anstellung des Rekurses im Prinzip an[1]).

Natürlich ist — um den letzten Punkt vorweg zu nehmen — der Begriff des „moralischen Interesses" ein äußerst dehnbarer und der Staatsrat hat daher jedesmal nach seiner Auffassung zu entscheiden, was noch als moralisches Interesse gelten kann und was nicht. Nur ganz wenige Einzelheiten seien herausgegriffen, um die Praxis des Staatsrates zu illustrieren.

Hierher gehört die Frage, ob eine Partei den recours pour excès de pouvoir noch anstellen kann, nachdem der angefochtene Verwaltungsakt bereits zur Ausführung gelangt ist[2]). Unbedingt zu bejahen ist die Frage natürlich für den Fall, daß die getroffenen

1) Allerdings sind Entscheidungen des Staatsrates vorhanden, die das Gegenteil besagen. Cfr. C. E. 25. Februar 1815, Vogneau-Duplessis; 16. Juli 1817, Montagnon; 23. Juni 1819, Mabon et Morel, sämtlich bei Sirey, chr. Sie sind aber bereits fast 100 Jahre alt und durch die unten zitierten neueren überholt.

2) Ducrocq II, S. 36 faßt den Umstand, daß die Partei die in dem Verwaltungsakt angeordnete Maßnahme freiwillig ausgeführt hat, als besondere fin de non-recevoir auf. Ist es aber nicht einfacher, die freiwillige Ausführung als Verzicht auf das Rechtsmittel des Rekurses aufzufassen und daraus zu folgern, daß, wer darauf verzichtet, auch kein Interesse an der Aufhebung des Verwaltungsaktes mehr hat?

Ausführungsmaßregeln wieder rückgängig gemacht werden können, z. B. wenn durch arrêté eines maire die Sperrung einer Straße angeordnet und die Sperrung tatsächlich erfolgt ist. Wie aber, wenn die Rückgängigmachung nicht mehr möglich ist? Man denke den Fall, daß durch die Polizeibehörde die Auflösung einer Versammlung erfolgt ist. An der möglicherweise erst viel später erfolgenden Aufhebung der Polizeiverfügung wird in den meisten Fällen der Kläger (z. B. der Einberufer) nicht das geringste Interesse mehr haben, da es nicht mehr möglich ist, den früheren Zustand (die Versammlung zu derselben Zeit und unter denselben Umständen wie bei Erlaß der Polizeiverfügung) wieder herzustellen und auch ein Recht auf pekuniäre Entschädigung sich nicht konstruieren läßt, da der Kläger in solchen Fällen pekuniär meist gar nicht geschädigt ist. Trotzdem gesteht der Staatsrat in solchen und ähnlichen Fällen dem Kläger immer noch ein moralisches Interesse daran zu, daß der Verwaltungsbehörde durch Aufhebung ihres Aktes der Weg gezeigt werde, den sie in Zukunft zu gehen hat.

Für non recevables hält der Staatsrat indessen Rekurse von Beamten gegen Entscheidungen der ihnen übergeordneten Verwaltungsbehörde, durch die ihre eigenen Entscheidungen verändert oder aufgehoben werden. Ein gewisses „moralisches“ Interesse an der Aufrechterhaltung seiner Entscheidung wird man dem Beamten ganz gewiß nicht abstreiten können, wenn auch der Staatsrat es nicht anerkennt. Aber das Interesse tritt in Kollision mit dem gerade in der französischen Verwaltung besonders ausgebildeten Prinzip der Beamtenhierarchie, deren Einheitlichkeit verlangt, daß der niedere Beamte sich der Entscheidung des höheren unterwirft und hauptsächlich wohl aus diesem Grunde erklärt der Staatsrat die genannten Rekurse für non recevables[1]).

Es existieren endlich auch Fälle, in denen das Interesse des Klägers ganz verschwindet und nicht einmal das geringste moralische Interesse mehr übrig bleibt. Solche Fälle liegen insbesondere vor, wenn der anzufechtende Verwaltungsakt durch seinen Urheber wieder zurückgenommen[2]) oder aber bereits von der über-

1) C. E. 29. Januar 1886, Maire de Wassy, Si 87, 3, 46; cfr. hierher gehörig auch C. E. 13. Januar 1853, Barrau, Si 53, 2, 520.

2) C. E. 21. Juni 1878, Gorias, D 78, 3, 93; 9. August 1880, Hôpital de Chaumont, Leb. 773; 26. Dezember 1885, Commune des Gins, Leb. 995.

geordneten Verwaltungsbehörde aufgehoben[1]) bezw. in dem vom Kläger gewünschten Sinne abgeändert[2]) ist. Das gleiche gilt auch, wenn der anzufechtende Akt infolge eines nach ihm erlassenen Gesetzes keine Rechtswirkungen hervorzubringen geeignet war[3]).

Was unter einem „direkten und persönlichen Interesse" verstanden wird, ist bereits erwähnt worden. Der anzufechtende Verwaltungsakt muß den Kläger unmittelbar und zwar speziell ihn betroffen haben. Demnach ist das „moralische Interesse", das jeder Staatsbürger an einer geordneten, gesetzmäßigen Verwaltung von Natur hat, keinenfalls allein ausreichend, um ihn zur Anfechtung eines vermeintlich ungesetzlichen Verwaltungsaktes zu legitimieren[4]). Ebensowenig genügt ein Interesse, das nicht dem Kläger persönlich, sondern dessen ganzem Berufsstand eignet; so ist als non-recevable der Rekurs mehrerer juristischer Professoren, die sich gegen die Ernennung eines Kollegen sträubten, erklärt worden[5]).

Das Vorhandensein eines persönlichen Interesses wird indessen nicht dadurch ausgeschlossen, daß bei anderen Personen ein gleiches Interesse vorliegt. So kann gegen Polizeiverordnungen, die einen gewissen Kreis von Einwohnern einer Kommune oder auch sämtliche Einwohner betreffen, jeder der Beteiligten, unabhängig von allen andern, den Rekurs anstellen[6]), ein Fall, der mit demjenigen des berufsstandlichen Interesses nicht zu verwechseln ist.

Es bleibt schließlich noch ein Fall übrig, der eine ausführlichere Erörterung verdient. Die Frage, ob dem Steuerzahler (contribuable) ein zur Anstellung des recours pour excès de pouvoir hinreichendes Interesse daran zuzusprechen sei, daß die Finanzen der Gemeinde ordnungsmäßig verwaltet werden, ist vom Staatsrat früher verneint

1) C. E. 22. November 1889, Pâtureau-Miran, Si 92, 3, 12.

2) C. E. 9. Februar 1883, Évêque de Versailles, D 84, 3, 68; 6. Februar 1885, Commune de Briscous, D 86, 5, 111.

3) C. E. 16. Juni 1882, Commune d'Isserval-Tartre, D 83, 3, 123.

4) C. E. 30. November 1877, Richard, D 78, 3, 30.

5) C. E. 23. Oktober 1835, Bugnet, Demante, Duranton, Si 35, 2, 147; ähnlich 7. Juli 1863, Si 64, 2, 23.

6) C. E. 20. August 1864, Leb. 828; 19. August 1865, Besnard, Réguillault et autres, Si 66, 2, 245, D 66, 3, 4, insbesondere die Ausführungen des Regierungskommissars Aucoc (bei Sirey); anders aber 21. Mai 1867, Cardeau, Si 68, 2, 127; 8. August 1873, Delucq, Si 75, 2, 275, D 74, 3, 44; richtig dagegen 29. November 1872, Baillergeau, Leb. 671; 20. Dezember 1872, Billette, Si 74, 2, 222; 28. März 1885, Languellier; ähnlich auch 27. März 1896, Binot de Villiers.

worden. Allerdings kennt die französische Gesetzgebung Bestimmungen, durch die dem Steuerzahler hinsichtlich der Anstellung von Klagen besondere Vorrechte eingeräumt sind, nämlich in den Art. 66 und 123 des Ges. vom 5. April 1884. In keiner dieser beiden Bestimmungen handelt es sich aber um Fälle der Anstellung des recours pour excès de pouvoir. Der Rekurs des Art. 66 geht an den Präfekten, er betrifft lediglich die Nichtigkeitserklärung von Gemeinderatsbeschlüssen und auch diese wiederum nur aus ganz bestimmten Formalgründen[1][2]; der Rekurs des Art. 123 muß hier gleichfalls ausscheiden, da dieser Art. überhaupt nur solche Klagen betrifft, die der Kommune zustehen, und für deren Anstellung der Steuerzahler sich in gewissen Fällen der Kommune substituieren kann (actions que le contribuable croit appartenir à la commune). Dieser Fall — wie auch der des Art. 66 — haben mit dem von uns zu besprechenden indes nur das gemein, daß in beiden Fällen ein Steuerzahler als Kläger auftritt. Für uns handelt es sich aber hier um den Steuerzahler in seiner Beziehung zur Finanzverwaltung, um sein Interesse daran, daß diese in ordnungsmäßiger Weise erfolge und darum, ob dies Interesse hinreicht, ihn zur Anstellung des Rekurses gegen Akte, die die Finanzverwaltung betreffen, zu legitimieren. Der Steuerzahler greift solche Akte in unserem Falle direkt und von sich aus an, nicht in Ausübung eines der Kommune zustehenden Klagerechts. Gewiß kann unter den im Art. 123 gemeinten Klagen sich auch der recours pour excès de pouvoir befinden, gewiß können die hier durch ihn angefochtenen Akte auch solche sein, die die Finanz-

1) Der innere Grund der Bestimmungen des Art. 66 in Verbindung mit Art. 64 mag immerhin darin zu suchen sein, daß man dem Steuerzahler ein Interesse daran zuspricht, die Finanzverwaltung der Kommune nicht von persönlichen Erwägungen beeinflußt zu sehen. Indessen legitimiert nach Art. 66 nicht dies Interesse den Steuerzahler, sondern lediglich der Umstand, daß er Steuerzahler ist. Ja, das Gesetz läßt sogar die Deutung zu, daß es auch nichtinteressierte Steuerzahler gibt; denn wenn dem nicht so wäre, was bedeuten da die Worte des Art. 66 „par tout contribuable", wo doch schon vorher von „toute partie intéressée die Rede ist? Jedenfalls ist im Art. 67, wo es sich um einen wirklichen recours pour excès de pouvoir handelt, von einer Befugnis gerade des Steuerzahlers zur Erhebung des Rekurses keine Rede mehr.

2) Dieser Fall ist wohl zu unterscheiden von dem unten wiederzugebenden Falle Casanova: dort treten die Steuerzahler als partie intéressée und lediglich als solche im Sinne des Art. 65 des Gesetzes auf; sie müssen somit dies Interesse nachweisen; hier handelt es sich lediglich um die Eigenschaft als Steuerzahler, nicht um den Nachweis irgendwelchen Interesses.

verwaltung betreffen, stets aber ist es hier lediglich die formelle Bestimmung des Art. 123 — genau wie im Art. 66 —, die gerade den Steuerzahler zur Anstellung des Rekurses legitimiert, nicht das Vorhandensein des Interesses[1]), von dem wir hier allein zu reden haben.

In der Tat hat der Staatsrat früher die gegen die Finanzverwaltung betreffende Akte gerichteten recours pour excès de pouvoir von Steuerzahlern wegen Mangels eines genügenden Interesses als non recevables abgewiesen[2]). Seit einigen Jahren hat sich das aber geändert und zwar infolge einer grundlegenden Entscheidung[3]), deren Tatbestand wiederzugeben angesichts ihrer besonderen Wichtigkeit uns gestattet sei:

„In der Gemeinde Olmeto gab es im Jahre 1897 drei Aerzte, Canazzi, Ballisoni und Pianelli. Von diesen besorgte Pianelli die durch das Gesetz vom 15. Juli 1893 eingeführte kostenfreie Behandlung bedürftiger Kranker. Bei seinem Wegzuge von Olmeto beschloß nun der Gemeinderat die Bewilligung einer Summe von 2000 frs. als Gehalt für einen noch zu bezeichnenden Arzt, der in Zukunft die kostenfreie Krankenbehandlung zu übernehmen hätte. Gegen diesen Beschluß erhoben beim Präfekten etwa 60 Steuerzahler, darunter ein gewisser Casanova und die beiden anderen Aerzte Canazzi und Ballisoni Einspruch gemäß Art. 65 des Ges. vom 5. April 1884 und machten geltend, daß sich die letzteren beiden Aerzte erboten hätten, ohne von der Gemeinde bezahlt zu werden, die fragliche Krankenbehandlung zu übernehmen, daß es daher nicht im Sinne einer ordentlichen Finanzverwaltung liege, das Gemeindebudget und damit die Steuerzahler durch eine Ausgabe von jährlich 2000 frs. zu belasten, die nur dazu dienen könnte, eine Sinekure zu schaffen. Auch sei der Beschluß nicht durch die Notwendigkeit, die Ausführung des Gesetzes vom 15. Juli 1893 zu sichern, erfordert worden, da ja diese infolge

1) Dies Interesse müßte allerdings für den Fall der Anstellung des recours pour excès de pouvoir auf Grund von Art. 123, jedoch nicht für den Steuerzahler, sondern für die Kommune nachgewiesen werden.

2) C. E. 10. Februar 1893, Bied-Charreton und 10. März 1893, Poisson, beide Si 94, 3, 121/131 und die Bemerkungen von HAURIOU hierzu (bei Sirey). Mittelbar anders aber C. E. 17. Mai 1890, veuve Lafosse, Leb. 516, wo der Staatsrat einen Steuerzahler, der den recours de pleine juridiction angestellt hatte, um eine Decharge seiner Steuerquote und Befreiung vom centime additionnel zu erlangen, auf den Weg des recours pour excès de pouvoir verweist.

3) C. E. 29. März 1901, Casanova, Canazzi et autres, Si 01, 3, 73.

der freiwilligen Uebernahme der Krankenbehandlung durch Canazzi und Ballisoni genügend gesichert sei. Der Präfekt von Korsika verwarf den Einspruch, bestätigte den Beschluß des Gemeinderats und erließ am 15. November 1895 ein arrêté, durch das er den Bruder des maire von Olmeto, namens Poli, zum Gemeindearzt ernannte. Sowohl gegen dies arrêté des Präfekten und dessen ablehnenden Bescheid, als auch gegen den Beschluß des Gemeinderates erhoben nun die genannten Personen in Gemäßheit des Art. 67 des Ges. vom 5. April 1884 den Rekurs. Der Staatsrat erklärte denselben für recevable und zwar soweit er von Canazzi angestellt wurde, schon deshalb, weil dieser infolge des von dem Gemeinderat beliebten Beschlusses Gefahr lief, einen Teil seiner Praxis zu verlieren; aber auch der Rekurs der anderen Steuerzahler wurde für recevable erklärt, denn — sagt der Staatsrat —: „Considérant que la délibération attaquée a pour objet l'inscription d'une dépense au budget de la commune d'Olmeto, que les requérants, contribuables dans cette commune, ont intérêt, en cette qualité, à faire déclarer cette délibération nulle de droit et qu'ils sont ainsi parties intéressées dans le sens de l'art. 65 de la loi du 5 avr. 1884 . . . .“

Allerdings ist richtig, daß es sich in dem hier wiedergegebenen Falle nicht um einen eigentlichen recours pour excès de pouvoir handelt, sondern um einen recours en la forme du recours pour excès de pouvoir gemäß Art. 67 d. Ges. vom 5. April 1884. Da wir indessen annehmen, daß der Gesetzgeber diese rein äußerliche Unterscheidung nur trifft, um die Ausnahme des allgemeinen Prinzips, daß der recours pour excès de pouvoir ommisso medio, d. h. direkt gegen den Verwaltungsakt ohne vorgängige Anstellung des recours hiérarchique, angestellt werden kann, die darin liegt, daß die Gemeinderatsbeschlüsse nicht vor dem Staatsrat direkt angegriffen werden können, mehr ins Licht zu rücken, da ferner sich der Rekurs des Art. 67 von dem eigentlichen recours pour excès de pouvoir, seitdem der Staatsrat für letzteren die Verletzung des droit acquis als Voraussetzung der Anfechtung wegen violation de la loi nicht mehr verlangt, überhaupt nicht mehr unterscheidet, so erscheint uns die Anwendungsmöglichkeit der in der Entscheidung Casanova zum Ausdruck gebrachten neuen Rechtsprechung auch für den eigentlichen recours pour excès de pouvoir zweifellos[1]).

1) Z. B. für den Rekurs gegen das arrêté eines Präfekten, das auf Grund von Art. 145 d. Ges. v. 5. April 1884 das Budget einer Kommune regelt.

Nach einer Begründung, warum das Interesse des Steuerzahlers neuerdings als hinreichend zur Anstellung des Rekurses angesehen wird, sucht man freilich in der gedachten Entscheidung vergeblich — aufgestellt wird lediglich das neue Dogma. In der Tat bedeutet dies aber einen gewissen Bruch mit der bisherigen Lehre vom direkten und persönlichen Interesse; denn ein solches ist das Interesse des Steuerzahlers im Falle Casanova ganz sicher nicht. Zunächst schweigt der Staatsrat darüber, worin es überhaupt liegen soll. Etwa darin, daß der Steuerzahler seine eigene Steuerquote gegebenenfalls nicht zu sehr anwachsen sieht? Oder darin, daß er für das Geld, das er in die öffentlichen Kassen zahlt, eine geeignetere Verwendung wünscht? Man nehme doch den Fall, daß eine Gemeinde, die finanziell in sehr guter Lage ist, Ausgaben beschließt, so zwar, daß eine Mehrbelastung des Steuerzahlers gar nicht in Frage kommen kann. Soll hier auch noch ein Interesse auf seiner Seite vorliegen, wo sich doch über die Zweckmäßigkeit von Budgetausgaben sehr streiten läßt? Aber selbst wenn man annimmt, daß der Steuerzahler Interesse daran hat, nicht höher belastet zu werden, wo bleibt denn hier das direkte Interesse? Die Mehrbelastung ist doch im Falle Casanova mit dem Gemeinderatsbeschluß und dem arrêté des Präfekten noch gar nicht da; sie kann möglicherweise eine indirekte Folge dieser Akte sein, z. B. in Gestalt eines centime additionel als Zuschlag zu den direkten Steuern[1]).

Wie dem aber auch sei, die neue Rechtsprechung ist vorhanden und wird angewandt[2]) — wir haben uns lediglich damit abzufinden. Fragt man sich indessen, wohin sie führt, so kann die Antwort nur lauten: zu einer weiteren Erleichterung der Anstellung des Rekurses. Eine solche ist ja an sich durchaus wünschenswert; denn es liegt im Interesse der Verwaltung selbst, ihre Rechtskontrolle durch das Publikum recht ausgiebig zu gestalten. Steht man aber mit dem Staatsrat auf dem Standpunkt, daß eine

1) Ueber die hier etwa entstehende Schwierigkeit in der Anwendung der weiter unten zu besprechenden Lehre vom recours parallèle vgl. die Bemerkung von Hauriou unter der Entscheidung Casanova (bei Sirey), sowie die desselben Autors unter einer Entscheidung Merlin: Si 00, 3, 65. Daß für den im arrêt Casanova vorliegenden Fall nicht der Präfekturrat gemäß Art. 4 d. Ges. v. 28. pluviôse VIII zuständig war und somit der contentieux de pleine juridiction nicht in Betracht kommt, ergibt der Text des genannten Artikels.

2) Ein Anwendungsfall: C. E. 3. Mai 1907, Salès, Si 09, 3, 109.

Einmischung aller in die Angelegenheiten der Verwaltung zu verhindern ist — und hierzu hat sich die Lehre vom direkten und persönlichen Interesse bisher als das beste Mittel erwiesen —, so war es inkonsequent, durch einen Bruch mit dieser Lehre jener Einmischung Vorschub zu leisten. Denn BERTHÉLÉMY[1]) hat Recht, wenn er sagt: „Tout contribuable c'est presque tout le monde" und daraus den Schluß zieht, daß der recours pour excès de pouvoir sich mehr und mehr einer actio popularis nähert.

Von den französischen Theoretikern ist dieser Umschwung in der Jurisdiction teilweise freudig begrüßt worden[2]); wir registrieren ihn, ohne die Möglichkeit, ihn mit den Grundprinzipien der früheren Rechtsprechung zu vereinbaren, anzuerkennen[3]).

---

1) BERTHÉLÉMY, S. 930/931.

2) HAURIOU, 5. Aufl., S. 284; BAUDOUIN, S. 122.

3) Die Berechtigung der Lehre vom intérêt direct et personnel wird überhaupt geleugnet von TOURNYOL (S. 73 ff.). Er weist (S. 80) darauf hin, daß die ganze Lehre keine festen juristischen Gesichtspunkte biete, da es der Auffassung des Staatsrates überlassen sei, was er noch als Interesse ansehen wolle und was nicht. Im übrigen meint er, daß die Lehre zur Verwirrung des Unterschiedes zwischen contentieux subjectif und objectif beitrage. Warum dies letztere der Fall sein soll, ist nicht einzusehen; behält man im Auge, daß das Interesse nur als condition de recevabilité gefordert wird, so kann man den Rekurs gar nicht für eine Geltendmachung des Interesses halten. Ließe man aber die Forderung des Nachweises des Interesses ganz fallen, so würde damit zwar die Rechtsprechung des Staatsrates auf eine sicherere Basis gestellt werden; die Unsicherheit in der Verwaltung selbst aber würde in demselben Maße zunehmen. Die ungehinderte Zulassung des Rekurses würde dem Querulantentum Tür und Tor öffnen; kein Verwaltungsakt könnte erlassen werden, ohne daß die Gefahr bestünde, ihn von irgend einer ganz unberufenen Seite angegriffen zu sehen und dies um so mehr, als der recours pour excès de pouvoir infolge seiner geringen Kosten jedermann, auch dem Aermsten, ohne weiteres offen steht. Und wenn TOURNYOL meint, daß man daran, ob ein Interesse vorliegt, gar nicht immer sehen könne, ob der Rekurs nur aus Schikane angestellt ist oder nicht, so ist das gewiß richtig; daß aber der Nachweis des Interesses immer noch den besten Maßstab abgibt, wird man wohl gleichfalls nicht leugnen können. Jedenfalls erscheint uns der von TOURNYOL proponierte Ausweg, der „Einwohnerrekurs", darin bestehend, daß zur Erhebung der Klage legitimiert ist „quiconque est domicilié, contribuable ou électeur dans le ressort de la compétence de l'auteur de l'acte incriminé" höchst bedenklich, da sich hierbei die Frage der Anstellungsbefugnis lediglich nach lokalen Gesichtspunkten beantworten würde. Lokale Abgrenzungen aber sind, wenn sich auch die Zuständigkeit nach ihnen regelt, häufig etwas rein zufälliges und künstliches und es wäre unrecht, manchen vielleicht sehr berechtigten Rekurs abzu-

§ 4. Der Gegenstand des recours pour excès de pouvoir.

Schon in der Einleitung ist bemerkt worden, daß der recours pour excès de pouvoir immer die Aufhebung eines Verwaltungsaktes durch den Staatsrat bezweckt. Art. 9 d. Ges. vom 24. Mai 1872 drückt dies so aus: „Le Conseil d'État statue souverainement . . . sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives.“ Was ist unter solchen „actes des diverses autorités administratives“ zu verstehen? Es könnte zunächst scheinen, als ob jede Handlung einer Behörde irgend welcher Art mittels des recours pour excès de pouvoir angefochten werden könnte. Das ist indessen nicht der Fall. Denn wenn auch „Akt“ ursprünglich nichts weiter als Handlung bedeutet und von dieser Bedeutung daher ausgegangen werden muß, so verlangt doch die Praxis des Staatsrates, daß die von der Behörde vorgenommene Handlung, wenn sie durch den recours pour excès de pouvoir angefochten werden soll, besonderer Art sei.

Zunächst ist der recours pour excès de pouvoir eine Einrichtung lediglich des Verwaltungsrechts; daraus geht hervor, daß er nur gegen Akte angestellt werden kann, die von Verwaltungsbehörden herrühren. Es geht daraus aber ferner auch hervor, daß diese Akte verwaltender Natur sein müssen; letzteres ist wesentlich, da manche Verwaltungsbehörden neben ihrer verwaltenden noch andere Kompetenzen haben. Schließlich hat der Staatsrat den Begriff des Verwaltungsaktes nach Art. 9 noch dahin beschränkt, daß der Akt, um verwaltungsrechtlich überhaupt relevant zu sein, fähig sein muß, Rechtsfolgen nach sich zu ziehen, daß es sich um eine „décision exécutoire“ handeln muß. Wir werden daher auszuscheiden haben:

a) die Akte, die gar nicht von Verwaltungsbehörden herrühren,

b) die Akte, bei denen dies zwar der Fall ist, die aber ihrer Natur nach mit der Verwaltung nichts zu tun haben,

c) die Akte, die keine Rechtsfolgen nach sich ziehen.

ad a). Hierher gehören zunächst sämtliche Gesetze. Denn wenn diese auch als „actes législatifs“ angesprochen werden können

schneiden, nur weil zufällig der Rekurrent nicht im Zuständigkeitsgebiet der Behörde wohnt.

— die Organe, die sie erlassen, Senat und Deputiertenkammer, sind keine Verwaltungsbehörden.

Ebensowenig aber ist der recours pour excès de pouvoir recevable gegen Gesetzgebungsakte des Staatsoberhauptes, die dieses erläßt kraft einer besonderen delegatio legis, d. h. also, wenn durch ein Gesetz ihm die weitere Gesetzgebung auf gewissen Gebieten übertragen ist[1]). Denn soweit das Staatsoberhaupt hierfür zuständig ist, ist es gar nicht Verwaltungsbehörde, sondern gesetzgebender Faktor.

Dasselbe gilt hinsichtlich der Gesetzgebungsakte, die das Staatsoberhaupt erläßt, falls besondere politische Umstände dies erheischen[2]). Indessen sind darum noch nicht alle Akte, die das Staatsoberhaupt auf den genannten Gebieten oder unter solchen Umständen erläßt, Décrets-lois; vielmehr bleibt es jedesmal dem Richter überlassen, nach seiner Auffassung zu entscheiden, ob ein Décret-loi vorliegt oder nicht[3]) [4]).

Es ist ferner zweifelhaft geworden, ob die Vertretungen politischer Verbände, als da sind conseils généraux und conseils-municipaux als Verwaltungsbehörden aufzufassen sind und gegen ihre Beschlüsse der recours pour excès de pouvoir angestellt

1) Dies ist insbesondere der Fall auf dem Gebiete der Gesetzgebung für Algerien und die Kolonien.

2) Cfr. C. E. 4. April 1879, Leb. 84; es handelte sich um ein Dekret der Regierung der Nationalverteidigung vom 10. September 1870, das den Buchhandel und Buchdruck für freie Berufe erklärte; diesem Dekret wurde legislativer Charakter zugesprochen. Cfr. im übrigen über die Natur und Gültigkeit der gesetzgeberischen „Dekrete" der verschiedenen Regierungen Frankreichs im neunzehnten Jahrhundert eine sehr interessante Entscheidung des Zivilgerichts Mascara vom 6. Februar 1895, Ministère public C. Guerbaoni, D 95, 2, 481.

3) Ebenso Fuzier-Herman, Bd. XIII, S. 212, No. 44.

4) Das Staatsoberhaupt kann endlich kraft besonderer Delegation des Gesetzgebers sogenannte „règlements d'administration publique" erlassen, die nach französischer Auffassung gleichfalls Gesetzeskraft besitzen. Beispiele solcher Delegationen bieten Art. 6 und 7 des Hygienegesetzes vom 15. Februar 1902. Diese „règlements" entsprechen etwa den deutschen Ausführungsverordnungen. Der Unterschied zwischen diesem Fall und dem oben erwähnten, daß der Gesetzgeber dem Staatsoberhaupt die weitere Gesetzgebung auf gewissen Gebieten überträgt, besteht darin, daß das règlement d'administration publique auf spezieller Delegation beruht, während im oben erwähnten Falle die Delegation genereller Natur war. Cfr. auch C. E. 20. Dezember 1872, Fresneau, Si 74, 2, 224, D 74, 3, 42 und 1. Januar 1892, Commune de Montreuil-sous-Bois, Si 94, 3, 25.

werden kann. DUGUIT[1]) hat sich dagegen erklärt, der Staatsrat aber dafür[2]) [3]).

Endlich seien an dieser Stelle die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte genannt, die man gleichfalls nicht als von Verwaltungsbehörden herrührend ansehen kann. Denn wenn auch Staatsrat und Präfekturräte an der aktiven Verwaltung mit teilnehmen: sobald sie die Verwaltungsgerichtsbarkeit ausüben, sind sie keine Verwaltungsbehörden, sondern Gerichte[4]).

ad b). Aber auch die Akte der Verwaltungsbehörden sind mitunter derart, daß sie nicht als Verwaltungsakte, sondern als Akte der Strafrechtspflege, bezw. der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezeichnet werden müssen. Hierher gehören insbesondere die Maßnahmen der Präfekten[5]), die diese auf Grund des Art. 10 C. d'instr. crim. als Hilfsbeamte des ministère public treffen, ferner die Maßnahmen der maires als officiers der police judiciaire[6]) und schließlich die Akte, die die maires als Standesbeamte (officiers de l'état civil) vornehmen[7]).

ad c). Es seien endlich noch diejenigen Akte von Verwaltungsbehörden berührt, die nicht fähig sind, Rechtsfolgen nach sich zu ziehen. Die Rechtsfolgen, die der Akt einer Verwaltungsbehörde nach sich ziehen kann, müssen zweierlei Natur sein:

1. Der Akt muß die Fähigkeit, vollstreckt zu werden in sich tragen, er muß, wie HAURIOU[8]) sagt, „tendre à l'exécution par

1) DUGUIT II, S. 742.

2) C. E. 24. Juli 1903, Commune de Massat und 7. August 1903, Chabot et autres, beide Si 04, 3, 1 sq.

3) Natürlich nur, soweit diese Beschlüsse décisions exécutoires im unten zu erläuternden Sinne sind; im Prinzip also nicht gegen die Beschlüsse des conseil d'arrondissement.

4) Die Rekurse gegen die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen der Präfekturräte wären übrigens auch deswegen nicht recevables, weil gegen diese Entscheidungen ein Parallelrekurs, der recours en cassation vor dem Staatsrat, möglich ist.

5) Confl. 25. März 1889, Dufeuille, Si 91, 3, 34, insbes. die Ausführungen des Regierungskommissars VALABRÈGUE.

6) Auf Grund des Art. 14 C. d'instr. crim. Cfr. hierzu die sehr extensive Interpretation des Kassationshofes: Cass. crim., 6. September 1838, Moulin et Postel, Si 39, 1, 125.

7) Auf Grund des Ges. vom 28. pluviôse VIII, Art. 13 und der Bestimmungen des C. c., Buch I, Titel 2. Art. 34 sq.

8) HAURIOU, 5. Aufl., S. 259.

sa seule vertu". Daß diese Vollstreckbarkeit ein „élément de forme" ist, wie HAURIOU es ausdrückt, ist selbstverständlich; die Vollstreckungsmöglichkeit hängt, wie auch im Zivilrecht, stets von der Beobachtung gewisser Formalitäten ab und hat mit dem materiellen Recht gar nichts zu tun. Ob also ein Akt die Kraft, vollstreckt zu werden, in sich trägt, bestimmt sich nach den für die einzelnen Behörden jeweils geltenden Vorschriften [1]).

2. Der Akt muß aber auch geeignet sein, materiell-rechtliche Wirkungen hervorzubringen und zwar muß er eine Willensäußerung der ihn erlassenden Behörde sein, die dahin geht, daß eben diese Wirkungen eintreten. Eine solche Willensäußerung setzt aber bei der Behörde wiederum eine eigene juristische Willensfähigkeit voraus. Diese haben durchaus nicht alle Behörden. So haben z. B. die Arrondissementsräte im Prinzip keine Beschlußfähigkeit [2]), sie haben im allgemeinen nur die Fähigkeit, Wünsche auszusprechen oder sich gutachtlich zu äußern.

Sind aber die beiden genannten Voraussetzungen erfüllt, so spricht man von einer décision exécutoire. Um nur ein Beispiel zu bilden: Erläßt der maire auf Grund von Art. 91, 94 des Ges. vom 5. April 1884 eine Polizeiverordnung mit Strafandrohung, so will er — und er hat auf Grund der genannten Artikel die Fähigkeit, dies zu wollen —, daß gewisse Handlungen verboten und unter Strafe gestellt werden, eine Wirkung, die auch eintritt, da künftighin die Polizeiverordnung positives Recht bildet. Diese Verordnung ist, sobald die Voraussetzungen der Art. 95, 96 des Gesetzes erfüllt sind, auch vollstreckbar, d. h. es können auf Grund derselben Zuwiderhandelnde zur Anzeige gebracht und in Strafe genommen werden. Demnach liegt hier eine décision exécutoire vor.

Von Akten, die die französische Jurisprudenz nicht als décisions exécutoires ansieht, nennen wir noch:

1. Gutachten von Verwaltungsbehörden.

1) Bisweilen wird z. B. zur Vollstreckbarkeit eines Aktes die Abwartung gewisser Fristen verlangt; cfr. Ges. vom 5. April 1884, Art. 95.

2) Sie haben solche ausnahmsweise, nach Art. 40 des Ges. v. 10. März 1838 hinsichtlich der Festsetzung der auf die einzelnen Kommunen des Arrondissements fallenden Kontingente der direkten Steuern.

2. Anweisungen, die die höhere Verwaltungsbehörde den niederen gibt[1]).

1) C. E. 30. März 1884, Chambre de commerce de Brest, Leb. 477; 25. Juli 1890, ville de Philippeville. Leb. 715. In beiden Entscheidungen werden die Kläger auf den Rekurs gegen die Akte, die in Ausführung der Anweisungen etwa ergehen würden, verwiesen. — Neuerdings hat GRÉLAT (S. 705 sq.) darzutun versucht, daß die Tendenz des Staatsrates dahin geht, den recours pour excès de pouvoir auch gegen instructions de service zuzulassen. Zunächst behauptet GRÉLAT, daß die instruction de service juristische Natur und Wirkungen besitze; er sucht dies nachzuweisen sogar an der Hand einer Anzahl von Entscheidungen, in denen der Staatsrat Rekurse gegen instructions de service nicht zugelassen hat (S. 751 sq.). Man wird tatsächlich eine gewisse rechtliche Wirkung der instruction de service nicht versagen können; eine rechtliche Wirkung, die sich unter allen Umständen darin äußert, daß die niedere Verwaltungsbehörde der höheren gegenüber durch die instruction de service verwaltungsrechtlich gebunden ist. Das ist aber nur die eine Seite der Sache. Eine sehr viel heiklere Frage ist es, ob die instruction de service Rechtswirkungen auch dem Staatsbürger gegenüber hervorbringt. Und hier wiederum muß man sich fragen: Besitzt die instruction de service selbständig eine solche juristische Natur? Besitzt sie solche nur in Verbindung mit dem in ihrer Ausführung ergehenden Verwaltungsakt? Oder besitzt nur der letztere juristische Natur? Die erste dieser drei Ansichten lehnen wir rundweg ab; ob man sich für die zweite oder dritte entscheidet, ist eine Streitfrage, deren Lösungsversuch nicht im Rahmen dieser Arbeit liegt. Sie ist aber auch praktisch — wenigstens hinsichtlich des recours pour excès de pouvoir — gleichgültig; denn selbst wenn man der instruction de service die fragliche juristische Natur in Verbindung mit dem in ihrer Ausführung erlassenen Verwaltungsakt zuspricht — der recours pour excès de pouvoir ist deshalb gegen die instruction de service allein immer noch nicht gegeben. — Zur Unterstützung seiner Ansicht, daß die instruction de service dem recours pour excès de pouvoir nicht entzogen sei, führt GRÉLAT überhaupt nur drei affirmative Entscheidungen an, nämlich: C. E. 15. Juni 1864, Gaunard, 1. Juni 1906, Thibaut, 9. März 1906, dame Léon Maître, sämtlich abgedruckt bei GRÉLAT, S. 728 bezw. S. 739 bezw. S. 748. Von diesen Entscheidungen behandelt die erste einen Fall, in dem der Rekurs sich überhaupt nicht gegen eine instruction de service, sondern gegen einen Verwaltungsakt, bei dem Bestimmungen der instruction verletzt waren, richtete; der Fall muß also ausscheiden. In der dritten Entscheidung wurde ein Verwaltungsakt annulliert, in Verbindung mit ihm aber die instruction de service, nach der sich die Behörde bei seinem Erlaß gerichtet hatte: der Fall scheidet gleichfalls aus, da die instruction hier nicht als etwas selbständiges auftritt. Bleibt die zweite Entscheidung. Es handelte sich hier um ein Zirkular des Kriegsministers vom 14. September 1905, das die Beförderungsbedingungen der bei der Militärjustiz beschäftigten Unteroffiziere abweichend von zwei früheren Gesetzesbestimmungen festsetzte. Der Staatsrat annullierte die fragliche Bestimmung des Zirkulars des Kriegsministers. — Daß hier eine décision exécutoire dem Rekurrenten gegenüber nicht vorlag, erscheint klar,

3. Wünsche, die die Verwaltungsbehörde dem Einzelnen gegenüber ausspricht [1]).

4. Diejenigen Akte von Verwaltungsbehörden, durch welche

ebenso klar aber ist, daß die Entscheidung des Staatsrates durchaus der Billigkeit entsprach; denn durch das Zirkular war eine ständig drohende Gefahr für den Rekurrenten geschaffen, eine Gefahr, die stets imminent war, vielleicht aber erst nach Jahren akut werden konnte, da die Beförderung in höhere Stellungen je nach Bedürfnis erfolgt. Wir nehmen daher auch an, daß der Staatsrat sich bei Erlaß der Entscheidung THIBAUT von diesem Billigkeitsgedanken hat leiten lassen, daß das Erkenntnis, französisch ausgedrückt, als eine décision d'espèce, als eine Ausnahme des geltenden Prinzips erfordert durch die Billigkeit, zu beurteilen ist, wenn ihm auch strenge juristische Korrektheit versagt werden muß. —

Wenn GRÉLAT den Umstand, daß der Staatsrat in sehr zahlreichen, von GRÉLAT selbst zitierten Fällen Rekurse gegen instructions de service abgewiesen hat, damit zu erklären sucht, daß der Staatsrat sich von einer „présomption générale de non-grief" leiten ließ (S. 773), so fehlen tatsächliche Anhaltspunkte hierfür ganz. Außerdem hat diese Erklärung einen höchst dubiösen Beigeschmack: sie erinnert an die subjektive Theorie unseres Rekurses (cfr. § 2); denn wenn auch GRÉLAT betont, daß er unter „non-grief" nur den Mangel an Interesse versteht, so muß man doch nach seinen sonstigen Ausführungen (insb. S. 709) annehmen, daß er den Rekurs für die Geltendmachung von Interessen hält. Damit stimmt es auch zusammen, daß GRÉLAT die von ihm gegebene Erklärung damit begründet, daß der Staatsrat die instructions de service fast stets als des Charakters der „décision exécutoire" entkleidet hinstellt. Wir sahen vorhin, daß das Wesen der décision exécutoire darin besteht, daß sie Rechtswirkungen schafft; wird also das Fehlen der Rechtswirkungen und der Mangel eines Interesses („non-grief") gleichgestellt, so wird dadurch zunächst der Unterschied zwischen einer fin de non-recevoir, die in der Natur des angegriffenen Aktes und einer solchen, die in der Person des Klägers liegt, verwischt. Sieht man aber die fin de non-recevoir wegen Fehlens von Rechtswirkungen als in der Person des Klägers begründet an, so läßt sich das nur so ausdrücken: Der Kläger ist in seinen Rechten durch den Verwaltungsakt nicht betroffen; daher ist er zur Anstellung des Rekurses nicht befugt. Von hier aus ist es dann nur noch ein Schritt, den Rekurs als eine Geltendmachung von Rechten aufzufassen. Und selbst wenn man diesen Schritt nicht tut, so bedeutet die GRÉLATsche Lehre ein Zurücksinken in die alte Lehre des Staatsrats, daß neben der violation de la loi zur Anstellung des Rekurses noch die Verletzung eines droit acquis erforderlich sei, einer kaum erst überwundenen Lehre, nur mit der Maßgabe, daß das Erfordernis der Verletzung des droit acquis auf alle vier Nichtigkeitsgründe anstelle desjenigen der violation de la loi ausgedehnt würde. Mithin einen Rückschritt!

1) Oder auch der Vertretung eines politischen Verbandes gegenüber. So C. E. 4. August 1902, Commune de Langolen, Leb. 619; 22. April 1904, Vallé, Leb. 327. In diesen beiden Fällen hatten Präfekten Munizipalräte lediglich aufgefordert, über eine bestimmte Sache Beschluß zu fassen.

diese jemand auffordern, eine Handlung innerhalb gewisser Zeit vorzunehmen, die sog. „mises en demeure“ [1]).

Die so charakterisierte décision exécutoire ist auch in negativer Form möglich. Richtet jemand eine Eingabe an eine Behörde und wird abschlägig beschieden, so kommt es darauf an, welchen Zweck der Antragsteller mit seiner Eingabe verfolgt. Spricht er nur einen Wunsch der Behörde gegenüber aus, bittet z. B. jemand um Neupflasterung einer Straße, so kann natürlich ein abschlägiger Bescheid auch keine Rechtswirkungen haben, er kann keine décision exécutoire sein. Denn ein rechtliches Verhältnis zwischen dem Staatsbürger und der Verwaltung, das durch den abschlägigen Bescheid verändert werden könnte, fehlt hier völlig; ein Rechtseffekt wird durch den Beschluß der Behörde, dem Wunsche nicht nachzukommen, nicht hervorgebracht.

Anders liegt die Sache, wenn durch die Eingabe des Antragstellers einem diesem zustehenden Anspruch zur Durchführung verholfen werden soll. Man nehme den Fall, daß jemand, der zu bauen beabsichtigt, bei der Behörde um Festsetzung des alignement, d. h. der Grenze zwischen dem zu bebauenden Grundstück und dem öffentlichen Wege einkommt: in diesem Falle liegt ein Anspruch auf Festsetzung des alignement vor; bei Nichtfestsetzung kann nicht gebaut werden. Weist nun die Behörde den Antrag ab, so äußert sie ihren Willen dahin, daß der vom Antragsteller gewollte Erfolg nicht eintritt. Er tritt aber nicht ein, da er ja nur durch den Willen der Behörde eintreten kann; denn wozu sollte die Eingabe sonst dienen, wenn der Antragsteller den von ihm gewollten Rechtserfolg auch in anderer Weise herbeiführen könnte? Die force exécutoire erscheint hier gleichfalls

1) C. E. 19. Juli 1878, Millet, Dubois, D 79, 3, 6; 7. August 1885, ville de Mayenne, Si 87, 3, 24, D 87, 3, 29; 30. März 1884, Société des eaux de Barèges, Leb. 462; 22. April 1904, De St. Mauris, Leb. 327. In letzterem Falle hatte ein Präfekt die Vorsteherin eines „établissement congréganiste“ benachrichtigt, daß er ihr eine Frist von acht Tagen zur Schließung des Etablissements setzte, widrigenfalls sie auf gesetzlichem Wege dazu gezwungen werden würde. Hier liegt noch keine décision exécutoire vor; diese wird erst für den Fall fruchtlosen Fristablaufs angedroht. — Anders aber C. E. 25. Januar 1907, Commune de Blanzy, Si 09, 3, 68. Hier hatte ein Präfekt einem maire eine Frist gesetzt, innerhalb derer er auf einem kommunalen Grundstück eine Arbeit sollte vornehmen lassen, „faute de quoi il sera procédé à l'exécution aux frais de la commune“. Hier wird der Akt, der keine bloße Aufforderung bedeutet, nach Ablauf der Frist ohne weiteres vollstreckbar. Aehnlich C. E. 6. Juli 1906, Commune de la Bastide-Murat, Si 08, 3, 53.

negativ: sie liegt nicht darin, daß der Akt vollstreckt werden kann, sondern darin, daß das Gegenteil davon nicht vollstreckt werden kann.

Dasselbe gilt für die abschlägigen Entscheidungen auf recours hiérarchiques. Hier liegt zwar ein eigentlicher Anspruch des Antragstellers nicht vor, immerhin ist aber der recours hiérarchique ein Mittel, das die Rechtsordnung dem Staatsbürger in die Hand gibt, Folgen eines für ihn ungünstigen Verwaltungsaktes abzuwenden. Erfolgt daher auf den recours hiérarchique eine abschlägige Entscheidung, so tritt die negative Rechtsfolge ein, daß der ursprüngliche Akt bestehen bleibt, nicht verändert und nicht aufgehoben wird.

Es ist in der früheren Jurisprudenz ferner eine sehr umstrittene Frage gewesen, ob das Stillschweigen der Verwaltungsbehörde auf eine Eingabe hin als abschlägiger Bescheid anzusehen sei. Denn auf eine solche Eingabe hat die Verwaltungsbehörde keineswegs die Pflicht, sich dem Antragsteller gegenüber zu äußern; niemand kann sie dazu zwingen. Wenn nun schon in früherer Zeit durch das Dekret vom 2. November 1864, Art. 7 das Schweigen der Minister innerhalb von vier Monaten einem abschlägigen Bescheid gleichgestellt wurde, so ist durch das Gesetz vom 17. Juli 1900 diese Bestimmung mit der Maßgabe, daß die abzuwartende Frist gleichfalls vier Monate beträgt, auf alle Verwaltungsbehörden ausgedehnt worden, soweit es sich handelt um „affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'Etat que sous la forme de recours contre une décision administrative", also auch um den recours pour excès de pouvoir[1])[2]). Der Streitfrage ist somit der Boden entzogen und die neue Gesetzesbestimmung ist insofern zu begrüßen, als auch sie eine Garantie gegen Willkür auf dem Gebiet der Verwaltung gibt.

---

1) Eine „décision exécutoire" ist natürlich das Schweigen der Behörde als solches nicht und kann es nicht sein, da in ihm ein Wille der Behörde nicht nach außen hin kundbar wird. Es wird aber zur Anstellung von Rekursen vor dem Staatsrat — und nur hierzu — vom Gesetz fingiert, daß in diesen Fällen eine décision exécutoire und zwar in der erwähnten negativen Form vorliege, gegen die der Rekurs dann zu richten ist.

2) Die Bestimmung des Gesetzes vom 17. Juli 1900 ist auch hinsichtlich der Art der Eingabe umfassender als diejenige des Dekretes vom 2. November 1867. Denn letzteres betraf nur Rekurse gegen Entscheidungen von dem Minister untergeordneten Behörden mithin Fälle des recours hiérarchique; die neue Bestimmung trifft alle Eingaben an Behörden, gleichviel welcher Art.

Denn unter dem früheren Régime war es immerhin möglich, jede auch noch so berechtigte Eingabe des Staatsbürgers durch Stillschweigen zu unterdrücken und sie nicht Gegenstand eines recours pour excès de pouvoir vor dem Staatsrat werden zu lassen, wenngleich dies in der Praxis selten oder nie vorgekommen ist.

Von den hiernach verbleibenden décisions exécutoires ist bisweilen — und auch vom Staatsrat — versucht worden, noch eine besondere Gruppe abzutrennen, die „actes de pure oder haute administration“ [1]), die als solche generell dem recours pour excès de pouvoir entzogen sein sollten. Man versteht unter solchen Akten Entscheidungen von Verwaltungsbehörden, die diese nach freiem Ermessen treffen und bei denen sie durch gesetzliche Vorschriften durchaus nicht gebunden sind. Warum diese Akte aber dem Rekurse entzogen sein sollen, ist nicht einzusehen. Denn diskretionär sind außerordentlich viele Verwaltungsakte und wollte man der Partei den recours pour excès de pouvoir dagegen verschließen, so würde die Anfechtung wegen détournement de pouvoir, die doch den Wert des Rekurses als Rechtsinstitut nicht zum geringsten Teile ausmacht, in sehr vielen Fällen nicht möglich sein, da solche Rekurse als non recevables abgewiesen werden müßten. Wir halten daher mit Laferrière dafür, daß die Anfechtung solcher Verwaltungsakte wegen Inkompetenz und Formmangel stets möglich ist, da dies formale Nichtigkeitsgründe sind, die auch den diskretionärsten Akten innewohnen können. Wir halten auch die Anfechtung solcher Akte wegen détournement de pouvoir für möglich, da, wie später zu zeigen, der Nichtigkeitsgrund hier in dem Zweck liegt, den die Verwaltungsbehörde verfolgte [2]). Die Anfechtung wegen violation de la loi ist indessen gegen rein diskretionäre Akte nicht möglich; denn wo keine materiell-rechtliche Vorschrift vorhanden ist, die die Verwaltungsbehörde bindet, kann auch eine solche nicht verletzt werden. Wo aber solche Vorschriften vorhanden sind, handelt es sich um keinen rein diskretionären Akt mehr.

1) Cfr. hierzu Laferrière II, S. 423 sq.; Hauriou, 5. Aufl., S. 283.

2) Auf Zweckmäßigkeitserwägungen erstreckt sich der Anfechtungsgrund des détournement de pouvoir, wie unten zu zeigen sein wird, aber nicht und dies ist wohl auch der Gedanke, aus dem heraus man zu der Ansicht hat gelangen können, daß alle diskretionären Akte wegen excès de pouvoir unanfechtbar seien.

Daß natürlich solche actes de pure administration aus anderen Gründen jedem recours pour excès de pouvoir entzogen sein können, ist durchaus denkbar. Wenn z. B. ein Verwaltungsakt derartig allgemeiner Natur ist, daß niemand Interesse an seiner Aufhebung haben kann, so wird jeder trotzdem angestellte Rekurs durch eine fin de non-recevoir wegen mangelnden Interesses zurückgewiesen werden. Diese fin de non-recevoir ist aber nicht in dem Akt selbst begründet und darauf allein kann es hier ankommen.

Wenn somit nach unserer Ansicht der Charakter eines Verwaltungsaktes als acte de pure administration ihn nicht dem recours pour excès de pouvoir entzieht, so müssen wir nunmehr noch auf eine Reihe von Fällen eingehen, in denen eine Anfechtung wegen excès de pouvoir gegen den Akt wegen besonderer Beschaffenheit desselben nicht möglich ist. Wir meinen die sogen. Regierungsakte. Die Lehre vom Regierungsakt ist eine der umstrittensten und schwierigsten des französischen Verwaltungsrechtes überhaupt. Es ist hier nicht der Ort, sie ausführlich zu behandeln, sie möge daher nur in ihren Hauptpunkten angedeutet werden.

Die französische Jurisprudenz spricht gewissen von Verwaltungsbehörden erlassenen Verwaltungsakten eine eigentümliche besondere Natur zu, kraft deren sie jeder verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen sein sollen. Diese Akte haben das gemeinsam, daß das Interesse der Behörde an ihrer Unüberprüfbarkeit besonders groß ist; daß es sich bei ihnen um Akte handelt, deren verwaltungsgerichtliche Aufhebung der Allgemeinheit mehr Schaden als Nutzen bringen würde. Indessen sind sich die Theoretiker über das Kriterium, das den acte de gouvernement vom gewöhnlichen Verwaltungsakt unterscheidet, durchaus nicht einig.

Zunächst ist behauptet worden, daß es auf die Form des Aktes ankomme, insbesondere darauf, welche Behörde den Akt erläßt. So seien als Regierungsakte z. B. die Entscheidungen zu bezeichnen, die vorher im Ministerrat durchberaten seien. Aber Hauriou [1]) bemerkt mit Recht, daß in diesem Falle die Behörde jeden Verwaltungsakt der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle

1) Hauriou, 5. Aufl., S. 275, Anm. 3.

entziehen könnte, indem sie ihm die Form des Regierungsaktes gäbe[1]).

Andere meinen, es komme auf die Natur des Aktes an. So sagt Le Courtois[2]): „Le caractère de décrets n'est à reconnaître qu' à ceux qui sont l'exécution directe d'une disposition formelle de la Constitution". Dieser Unterschied ist aber unklar; denn Le Courtois sagt nicht, wodurch er die konstitutionellen von den gewöhnlichen Gesetzen grundsätzlich unterscheiden will. Ferner enthalten doch gerade die konstitutionellen Gesetze, wenn man darunter solche versteht, die Verfassungsbestimmungen enthalten, oft Vorschriften, die die Freiheit des Staatsbürgers zu garantieren bestimmt sind; sollten die Akte, die in Ausführung solcher Vorschriften ergehen, dem recours pour excès de pouvoir entzogen sein? Damit würde der bezweckte Schutz der Freiheit ja doch wieder eingeschränkt!

Aehnlich steht es mit den Abgrenzungen des Regierungsaktes, die Laferrière[3]) und Dareste[4]) vorzunehmen versuchen, indem sie den Begriff des „Verwaltens" von dem des „Regierens" zu unterscheiden suchen. Die von ihnen gegebene Begriffsbestimmung erscheint aber recht unklar, denn wenn Laferrière sagt: „administrer, c'est assurer l'application journalière des lois", so trifft das nicht einmal für alle Fälle zu, denn die Verwaltung wird häufig auch tätig, nicht um die Ausführung von Gesetzen zu sichern, sondern um wirtschaftliche Werte zu schaffen — dies sind namentlich die Akte, die die Wissenschaft als „actes de gestion" bezeichnet. Ferner aber ist die Definition, die Laferrière für den Begriff des Regierens gibt: „gouverner c'est veiller à l'observation de la Constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, assurer les rapports du gouvernement avec les chambres, ceux de l'État avec les puissances étrangères" überhaupt keine Definition dieses Begriffes, sondern eine Aufzählung von Tätigkeiten der vollziehenden Gewalt, die Laferrière als dem Bereiche des recours pour excès de pouvoir entrückt ansieht.

1) Aehnlich die Theorie, die als Regierungsakte die Akte ansieht, über die vorher von den Kammern abgestimmt ist. Diese Theorie ist vom Konfliktsgerichtshof ausdrücklich verworfen worden. Cfr. Confl. 5. November 1880, Marquigny, D 80, 3, 127.

2) Le Courtois, S. 111; ebenso Ducrocq I, S. 88.

3) Laferrière II, S. 33.

4) Dareste, S. 218.

Wenn Laferrière dann weiter sagt, daß der acte de gouvernement stets politischer Natur sei, so stimmen wir ihm darin bei und auch noch darin, daß nicht jeder Akt politischer Natur ein acte de gouvernement sei. Was aber das Wesentlichste ist, nämlich worin diese politische Natur besteht, sagt uns Laferrière nicht, sondern geht zu einer Aufzählung einzelner Regierungsakte über.

Den Begriff der „politischen Natur" zu klären, sucht eine andere Theorie, die des „mobile politique". Diese sucht den Regierungsakt dadurch vom gewöhnlichen Verwaltungsakt abzugrenzen, daß sie lehrt, Regierungsakte seien alle diejenigen Akte, denen ein politischer Zweck zugrunde liege. Zunächst krankt auch diese Theorie daran, daß die Bedeutung der Worte „politischer Zweck" vollkommen unklar ist; der eine wird einen Zweck als politisch, der andere als unpolitisch bezeichnen. Trotzdem hat der Staatsrat in einer Anzahl von Entscheidungen sich auf den Standpunkt der Theorie des mobile politique gestellt[1]), hat sie indessen später wieder aufgegeben. Und in der Tat muß man Jacquelin[2]) darin beistimmnn, daß gerade diese Theorie besonders gefährlich ist, da sie, wie die oben erwähnte Formtheorie, es möglich macht, jeden Akt der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zu entziehen, einfach indem ihm ad hoc ein politischer Zweck gegeben wird.

Ueberhaupt sieht die französische Wissenschaft zum Teil die

---

1) C. E. 18. Juni 1852, princes d'Orléans D 52, 3, 17, Si 52, 2, 307; 9. Mai 1867, duc d'Aumale, D. 67, 3, 49, Si 67, 2, 124. Cfr. ferner die entgegengesetzte Entscheidung: Confl. 25. März 1889, Usannaz-Joris, Si 91, 3, 37, insbesondere die Ausführungen des Regierungskommissars Marguerie, gleichfalls auf eine Verwerfung der Theorie abzielend. Zu erwähnen sind endlich noch: Confl. 22. Dezember 1880, Roucanières C. Doniol, Taupin C. Obissier, Douste, Si 82, 3, 57 sq.; Confl. 12. März 1881, Gimet C. Fresne, Si 82, 3, 75; Confl. 2. April 1881, Chartier C. Reboul, Juveneton C. Duval, Léo de Cahuzac C. Fayet, Si 83, 3, 31. Es handelte sich in diesen Fällen um die Erhebung von Konflikten in Strafsachen, die durch Art. 1 u. 2 der Ordonnance v. 1. Juni 1828 abgeschafft ist. Der Konfliktsgerichtshof erklärte aber die Erhebung trotzdem für berechtigt und wenngleich er die Theorie des mobile politique mit keinem Worte erwähnt, sondern nur von der Trennung der Gewalten spricht, so folgert Jacquelin (S. 306) doch aus dem Umstand, daß sich die Bestimmung des Art. 1 u. 2 auf alle Strafsachen bezieht, der Konflikt aber trotzdem für berechtigt erklärt wurde, daß die Entscheidung durch die Theorie des mobile politique mit beeinflußt ist.

2) Jacquelin, S. 307.

Lehre vom Regierungsakt nicht mit besonders freundlichen Augen an. Das sehr entwickelte Rechtsgefühl des Franzosen erträgt es nicht, daß gewisse Akte der rechtlichen Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte und damit schließlich auch durch den einzelnen interessierten Staatsbürger nicht unterliegen und damit der Willkür der Regierenden überlassen bleiben sollen. Es ist daher auch nicht verwunderlich, wenn eine Gruppe von Schriftstellern, insbesondere Berthélémy [1]), Michoud [2]) und Brémond [3]) die Lehre vom Regierungsakt als überflüssig über Bord zu werfen suchen. Sie wollen die gesamte Lehre nämlich dadurch widerlegen, daß sie betreffs der einzelnen Akte, die gewöhnlich als actes de gouvernement bezeichnet werden, zu beweisen suchen, daß dieselben schon aus ganz anderen Gründen dem recours pour excès de pouvoir entzogen seien, beispielsweise, weil niemand an ihrer Aufhebung interessiert sein könne und daß die fin de non-recevoir sich durchaus nicht aus der Natur des Aktes als Regierungsakt herzuleiten brauche.

Aber diese Art der Widerlegung bleibt doch nur Stückwerk; denn als etwas anderes kann man die Art, wie sich Berthélémy mit den „faits de guerre“ abfindet, die er einfach als Folgen einer force majeure und daher jedem Rekurs entzogen hinstellt, nicht bezeichnen. Denn ein feststehendes Dogma, daß Akte, die durch eine force majeure erfordert werden, jedem Rekurs entzogen sind, gibt es überhaupt nicht. Im übrigen weist Hauriou [4]) ganz richtig darauf hin, daß es auch Akte gibt, die dem recours pour excès de pouvoir aus keinem andern Grunde entzogen sind, als eben weil sie Regierungsakte sind; man denke an diplomatische Verträge, gegen welche ein Rekurs vor dem Staatsrat durchaus recevable wäre, da sehr wohl ein einzelner an der Aufhebung Interesse haben kann.

Die actes de gouvernement existieren aber tatsächlich, ihr Bestehen läßt sich nicht leugnen. Das geht aus Folgendem hervor:

1. Wie schon Le Courtois [5]) richtig ausführt, sind bereits nach der Laienauffassung z. B. der Erlaß einer Polizeiverordnung

1) Berthélémy, S. 103.
2) Michoud, S. 313.
3) Brémond, S. 23 sq.
4) Hauriou, 4. Aufl., S. 299.
5) Le Courtois, S. 111.

und eine Kriegserklärung generell durchaus verschiedene Dinge: ebenso wird niemand einen Staatsvertrag auf eine Stufe mit einer Bauerlaubnis an Private (arrêté d'alignement individuel) stellen und es würde jedermann als ein Unding erscheinen, wenn gegen die Kriegserklärung oder den Staatsvertrag ein Rekurs zugelassen wäre.

2. Die Praxis des Staatsrates hat von jeher den Begriff des acte de gouvernement anerkannt, wenn sie ihn auch verschieden definiert hat. Da die gesamten Rechtsregeln über den recours pour excès de pouvoir fast ausschließlich auf der Rechtsprechung des Staatsrates beruhen, so kann man, wenn diese Rechtsprechung die actes de gouvernement ständig als dem recours pour excès de pouvoir entzogen hinstellt, das Vorhandensein einer besonderen Gruppe von Regierungsakten zum mindesten in bezug auf unseren Rekurs nicht leugnen.

3. Die Theorie vom acte de gouvernement findet aber auch im Gesetz selbst ihre Stütze. Wenn nämlich Art. 26 d. Ges. v. 24. Mai 1872 die Bestimmung trifft: „Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient au contentieux administratif", so kann man unmöglich annehmen, daß mit den hier bezeichneten Sachen, die affaires judiciaires, die vor den ordentlichen Gerichten zu verhandelnden Sachen gemeint seien. Denn einmal ist die Materie der Konflikte zwischen ordentlichen und Verwaltungsgerichten schon in Art. 25 geregelt, sodann aber hätte der Gesetzgeber, falls er die affaires judiciaires meinte, dies im Art. 26 zweifellos ausgesprochen; denn der Begriff der letzteren ist ja durchaus klar und man hätte einer Umschreibung nicht bedurft. Ferner aber deutet der Umstand, daß nach Art. 26 des genannten Gesetzes gerade die Minister das Recht haben, die betreffenden Sachen vor das tribunal des conflits zu bringen, darauf hin, daß hierdurch der Regierung ein besonderes Vorrecht gewährt werden soll, daß es, anders ausgedrückt, eine bestimmte Kategorie von Akten gibt, in denen die Regierung allein das Wort hat, eben die Regierungsakte[1]).

1) Berthélémy (S. 107) bestreitet, daß mit der Bestimmung des Art. 26 die Regierungsakte gemeint sind und beruft sich auf die vorbereitenden Arbeiten des Gesetzes vom 3. März 1849, von dem das Gesetz vom 24. Mai 1872 lediglich eine Reproduktion sei. Bei diesen Arbeiten habe sich der Berichterstatter Vivien zur Begründung der Bestimmung des Entwurfs auf die alte

Welches sind nun aber die Regierungsakte? Die Abgrenzung kann uns, nachdem wir den Art. 26 des Gesetzes v. 24. Mai 1872 kennen, nicht mehr verborgen bleiben. Denn da weitere gesetzliche Bestimmungen fehlen, so ist auch hier wiederum die Praxis der Gerichte maßgebend, in unserem Falle also diejenige des Konfliktsgerichtshofes, da er nach Art. 26 derjenige ist, der darüber zu entscheiden hat, ob ein Akt ein Regierungsakt ist oder nicht. Man kann daher HAURIOU Recht geben, wenn er sagt: „L'acte de gouvernement est celui qui figure dans une énumération d'actes politiques dressée par la jurisprudence administrative sous l'autorité du tribunal des conflits.“ Auf diese Weise wird es möglich, angesichts der ständigen Kontrolle durch den Konfliktsgerichtshof die Theorie vom Regierungsakt beizubehalten, ohne jedoch den Behörden die Möglichkeit zu geben, sie auf alle ihre Akte auszudehnen.

Die Aufzählung der Regierungsakte selbst möge uns gestattet sein, von HAURIOU zu übernehmen; er rechnet dazu:

1. die Akte, die sich auf das Verhältnis der Regierung zu den gesetzgebenden Versammlungen beziehen, insbesondere die Dekrete, durch welche die Kammern berufen, vertagt und aufgelöst werden, ebenso die Dekrete, durch welche Gesetze publiziert werden.

2. Gewisse Sicherheitsmaßnahmen im Inland, insbesondere Verhängung des Belagerungszustandes.

heute nicht mehr anerkannte Theorie des mobile politique berufen. Also: man hält entweder die Ansicht VIVIENS für den Sinn des Gesetzes oder man tut dies nicht. Im ersteren Falle wäre man gezwungen, die alte Theorie wieder hervorzuholen — daran denkt im Ernst niemand. Für den zweiten Fall erwägt BERTHÉLÉMY folgendes: Wenn Art. 26 keine Anwendung fände, müßte es gar keine Verwaltungsakte geben, die dem recours contentieux entzogen sind. Solche Akte gibt es aber unstreitig, sie sind daher im Art. 26 gemeint, nur müsse der Minister, wenn er sie vor das tribunal des conflits bringe, hierzu eine besondere Begründung haben, nicht nur diejenige, daß es sich um einen Regierungsakt handle. — Gewiß, aber warum läßt man, wenn diese besondere Begründung im Vorhandensein einer gewöhnlichen fin de non-recevoir zu suchen ist, die section du contentieux nicht selbständig hierüber entscheiden? Warum ein besonderes Prozessieren vor dem Konfliktsgerichtshof? Weil es gewisse Akte gibt, an deren Unüberprüfbarkeit das staatliche Interesse ganz besonders groß ist, so groß, daß man es für nötig gehalten hat, dem Staate die Befugnis zu geben, in den Prozeßgang einzugreifen und diese Akte zwecks Konstatierung ihrer Unüberprüfbarkeit vor ein besonderes Gericht zu bringen.

3. Die Akte, die das Verhältnis zum Ausland betreffen, insbesondere die diplomatischen Akte, auch Kriegserklärungen.

4. Die sogenannten „faits de guerre“, d. s. die Akte, deren unmittelbare Notwendigkeit ein Krieg mit sich bringt.

5. Gnadendekrete.

6. Die arrêtés der Gouverneure der Kolonien, durch welche das rechtliche Verhältnis der Kolonie zum Mutterland verändert wird.

Die genannten Akte halten auch wir für dem recours pour excès de pouvoir entzogen [1]). Jedoch ist diese Aufzählung nur als eine ungefähre Darstellung des Standes der heutigen Rechtsprechung zu betrachten; es liegt nach dem vorhin Gesagten stets die Möglichkeit vor, daß der Konfliktsgerichtshof noch andere als die genannten Akte in den Kreis der Regierungsakte einbezieht. Ein unterscheidendes Merkmal zwischen den beiden Begriffen „Regieren“ und „Verwalten“ läßt sich eben trotz allen Suchens nicht finden; die beiden Begriffe fließen zu sehr ineinander und man ist und bleibt daher hier auf die Kasuistik angewiesen.

—

Es ist nun von verschiedenen Seiten versucht worden, von den Akten, die wir bisher kennen gelernt haben, noch eine weitere Gruppe auszunehmen, die sogen. „actes de gestion“, die gleichfalls dem recours pour excès de pouvoir entzogen sein sollen [2]). Um aber den Begriff des acte de gestion zu verstehen, muß kurz auf die französische Lehre von der Zweiteilung aller Verwaltungsakte eingegangen werden. Diese in der französischen Wissenschaft ganz allgemein anerkannte Lehre teilt die gesamten Verwaltungsakte ein in solche, die der Staat als juristische Person des öffentlichen Rechtes und solche, die er als juristische Person des Privatrechtes vornimmt [3]). Unter den Akten, die der Staat als „per-

1) Aehnliche mehr oder minder vollständige Aufzählungen bringen Laferrière II, S. 34 sq., Fourdinier, S. 25 sq., Tirard, S. 165 sq.

2) Ebren, S. 1. Der Hauptvertreter der Ansicht ist aber Hauriou, sowohl in seinem „précis“, als in der „gestion administrative“ betont er sie fortwährend. Eine historische Zusammenstellung der Literatur zu der Frage bei Hauriou, gestion, S. 1.

3) Hauriou, 5. Aufl., S. 200. Wenn Berthélémy (S. 39) die „actes de gestion publique“ und diejenigen der „gestion privée“ zusammenwirft und einheitlich als „actes de gestion“ bezeichnet, so macht das für unsere Untersuchung nichts aus, Hauptsache bleibt der Unterschied zwischen „actes d'autorité“ und „actes de gestion“.

sonnalité publique" vornimmt, unterscheidet sie die „actes d'autorité" und die „actes de gestion". Der Unterschied zwischen diesen beiden wird aber folgendermaßen begründet:

Die Verwaltung arbeitet nach zwei Richtungen hin, sie hat bald einen politischen, bald einen ökonomischen Charakter, sie tritt bald als Hüterin der staatlichen Ordnung auf, indem sie für Ausführung der Gesetze sorgt, bald arbeitet sie daran, wirtschaftliche Werte zu schaffen[1]). Die Akte, die den ersteren Charakter tragen, sind actes d'autorité; die den letzteren zeigen, sind actes de gestion. Und als Kriterium, ob ein Akt eine ökonomische Tendenz zeigt, schlägt Hauriou die Mitarbeit des einzelnen Staatsbürgers an der Verwaltung vor[2]). „On s'aperçoit", sagt er, „que la volonté administrative, après s'être affirmée dans une décision de principe qui est un acte d'autorité, ne s'exécute réellement et n'entre dans le travail administratif que lorsqu'elle a ensuite engendré un acte de gestion grâce à quelque collaboration". Hiernach — und das ist natürlich — ist der acte de autorité als Grundlage anzusehen, der die actes de gestion überhaupt erst möglich macht. Das ist auch schon historisch richtig; denn die Aufgabe der Verwaltung, die öffentliche Ordnung zu sichern, ist älter als die andere, die wirtschaftliche Werte zu schaffen zum Ziel hat. Und an einer anderen Stelle bezeichnet Hauriou als actes de gestion alle diejenigen Akte, die die Ausführung eines „service public" mit sich bringt[3])[4]).

Hauriou macht aber noch einen weiteren Unterschied zwischen „situations de gestion" und „actes de gestion"; er sagt, daß die situation de gestion die Rechtslage ist, die durch Ausführung des service public sich ergibt, während der acte de gestion ein getrennter in sich abgeschlossener Verwaltungsakt ist.

Hiernach rechnet Hauriou zu den situations de gestion auch die Rechtspflege, da auch hier die einzelnen, wie z. B. im Strafprozeß zur Ermittelung der Wahrheit beitragen[5]); er rechnet ferner zu den situations de gestion das Steuerwesen und nennt

1) Hauriou, gestion, S. 6.

2) Hauriou, gestion, S. 8.

3) Hauriou, 5. Aufl., S. 200 sq., bes. S. 204.

4) Anders als Hauriou aber Dareste (S. 219), der als actes de gestion nur solche Akte gelten läßt, in denen der Staat als Privatperson, „non à titre public, mais à titre privé" auftritt.

5) Hauriou, gestion, S. 14.

das arrêté des Präfekten, durch das dieser die jährliche Steuerrolle der direkten Steuern für vollstreckbar erklärt, einen acte de gestion[1]), da ja gerade im Steuerwesen die Mitarbeit des einzelnen Staatsbürgers besonders deutlich zum Ausdruck kommt.

Und als Frucht des Gedankens dieser Zweiteilung legt uns Hauriou dar, daß es bei den actes de gestion immer ein Recht des Einzelnen auf pekuniäre Entschädigung gibt, was beim acte d'autorité nicht der Fall ist[2]).

Nun muß zwar zugegeben werden, daß die Unterscheidung zwischen actes d'autorité und actes de gestion einen großen dogmatischen Wert hat. Es ist ferner zuzugeben, daß es sehr nahe liegt, den contentieux de l'annulation auf die actes d'autorité und den contentieux de pleine juridiction auf die actes de gestion zu beschränken. Denn — sagt man — die Mitarbeit des Einzelnen an der Verwaltung erzeugt Rechte auf seiner Seite; zur Geltendmachung von Rechten ist der contentieux de pleine juridiction da[3]). Aber hier scheint uns wiederum eine Verwechselung von contentieux de pleine juridiction und contentieux subjectif vorzuliegen. Das Charakteristikum des contentieux de pleine juridiction — dies muß hier nochmals wiederholt werden — ist nicht, daß durch ihn Rechte geltend gemacht werden; es liegt vielmehr lediglich in der Art der Entscheidung, die beim contentieux de pleine juridiction stets reformatorischer oder verurteilender Natur ist[4]).

1) Hauriou, gestion, S. 23. Anders aber Berthélémy (S. 862), der hier einen acte d'autorité für vorliegend hält. Anscheinend ebenso auch Laferrière (I, S. 692), der allerdings nur von einem „acte de puissance publique" spricht.

2) Dies ist selbst in der Rechtspflege der Fall; cfr. das Gesetz v. 8. Juni 1895 über die Entschädigung unschuldig Verurteilter. Im allgemeinen geht aber Hauriou (cfr. gestion, S. 14) nicht soweit, Gerichtsurteile als actes de gestion anzusehen.

3) Eine eigentümliche Rechtfertigung der Ansicht, daß die Gestionsakte dem recours pour excès de pouvoir entzogen sind, versuchen Duguit (II, S. 741 in Verbindung mit S. 477 sq.) und Jèze (III, S. 243). Diese Schriftsteller halten, wie wir wissen, den recours pour excès de pouvoir für einen recours hiérarchique juridictionnalisé, sie meinen daher, daß im Verwaltungswege stets nur actes d'autorité aufgehoben werden könnten. Denn an den Gestionsakten sei stets noch ein Dritter beteiligt, der aus ihnen Rechte herleite. Die Aufhebung solcher Akte könne daher nicht erfolgen, ohne daß diese Rechte berührt würden. Dazu besitze die Behörde aber nicht die Macht. — Dieser Meinung können wir uns schon deshalb nicht anschließen, weil wir den recours pour excès de pouvoir für keinen recours hiérarchique halten.

4) Im übrigen legt Tirard (S. 171 sq.) sehr zutreffend dar, daß auch bei den actes d'autorité ein Recht auf pekuniäre Entschädigung bestehen

Auch der Staatsrat hat sich der genannten Theorie bisher nicht angeschlossen und in keiner einzigen seiner Entscheidungen ist davon die Rede, daß die actes de gestion als solche vom recours pour excès de pouvoir ausgeschlossen sind. Wohl aber hat der Staatsrat — und gerade dieser Umstand wird von den Verfechtern der oben bezeichneten Theorie stark verwertet — eine gewisse Reihe von Akten, die allerdings meist Gestionsakte sind, vom Rekurs ausgeschlossen, indessen nicht, weil sie Gestionsakte sind, sondern weil irgend ein anderes Mittel existiert, um sich gegen sie zu wehren, weil, wie der Staatsrat sagt, eine „recours parallèle" vorhanden ist. Diese Theorie vom recours parallèle kann sich allerdings auf keine einzige Gesetzesstelle stützen, auch sie ist lediglich ein Ergebnis der Rechtsprechung des Staatsrates.

Natürlich wird die Lehre vom recours parallèle von denjenigen Autoren, die die Gestionsakte generell dem Rekurs entzogen wissen wollen, heftig bekämpft; Tournyol[1]) nennt sie „un expédient pris pour suppléer précisément à ce que l'on a omis d'organiser contre le recours pour excès de pouvoir visant les actes de gestion une fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte", und Jacquelin[2]) nennt sie eine „restriction purement arbitraire". Sie begründen aber ihre Ansicht wie folgt:

1. Die Lehre vom recours parallèle könne sich auf keine gesetzliche Bestimmung stützen. Es könne an sich jeder Verwaltungsakt wegen excès de pouvoir vor den Staatsrat gebracht werden; wenn der Staatsrat die Lehre vom recours parallèle zur Anwendung bringe, so liege darin eine Justizverweigerung. Es sei nämlich durchaus nicht ausgeschlossen, daß eine Sache nach dem Belieben der Partei vor zwei verschiedenen Jurisdiktionen geltend gemacht werden könne. Die Schadensersatzklage wegen einer Straftat könne sowohl vor den Zivil- wie vor den Strafgerichten geltend gemacht werden; kein Zivilgericht könne sich weigern, in einer

kann. Cfr. hierzu: C. E. 27. Februar 1903, Zimmermann et Olivier, Leb. 175, insb. die Ausführungen des Regierungskommissars Romieu (bei Lebon, 179); 29. Mai 1903, Le Berre, Si 04, 3, 121, Leb. 414, insb. die Ausführungen des Regierungskommissars Teissier (bei Lebon 414); 11. Dezember 1903 Villenave, Leb. 767, Si 04, 3, 121, cfr. hierzu auch Revue de droit public 1904, S. 802 sq., Bemerkungen von Teissier; C. E. 1. Juli 1904, Nivaggioni, Leb. 536, Si 04, 3, 121; 10. Februar 1903, Tomaso Grecco, Leb. 139, Si 03, 3, 113.

1) Tournyol, S. 62.

2) Jacquelin, S. 245.

solchen Sache zu entscheiden, da dieselbe vor die Strafgerichte gehöre.

2. Der recours pour excès de pouvoir liefere ein ganz anderes Resultat als die anderen Rekurse, insbesondere der Rekurs im contentieux de pleine juridiction. Im ersteren werde eine annulatio erga omnes, im zweiten eine reformatio oder condemnatio ausgesprochen. Von einem recours parallèle könne daher keine Rede sein.

Zunächst schaffen aber diese Argumente die Tatsache nicht aus der Welt, daß die Lehre vom recours parallèle vom Staatsrat ständig angewandt wird. Ehe wir daher versuchen, die genannten Schriftsteller zu widerlegen, werden wir uns die Lehre vom recours parallèle kurz näher anzusehen haben. Da es indessen unmöglich ist, die sämtlichen überaus zahlreichen Fälle, in denen eine fin de non-recevoir wegen Vorhandenseins eines Parallelrekurses vom Staatsrat angenommen wurde, aufzuzählen, so seien nur die wichtigsten Gruppen von Fällen durch Beispiele erläutert.

a) Es ist zunächst in den Sachen, in denen es sich um Auferlegung direkter Steuern handelt, der recours pour excès de pouvoir non recevable. Denn hier hat die Partei zwar nicht die Möglichkeit, den anzugreifenden Akt annullieren zu lassen, wohl aber kann sie seine Folgen durch einen recours im contentieux de pleine juridiction vor dem Präfekturrat abwenden[1]).

b) Für die Streitigkeiten, die sich aus der Auferlegung und Erhebung der indirekten Steuern ergeben, sind nach französischem Recht die Zivilgerichte zuständig[2]); auch hier ist also ein recours pour excès de pouvoir nicht möglich[3])[4]).

---

1) Gemäß Art. 4 d. Ges. v. 28. pluviôse VIII. Cfr. C. E. 12. Januar 1883, Leb. 27; 30. Mai 1884, Commune de Florans, D 85, 3, 125; cfr. hierzu auch das Gesetz v. 21. Juni 1865 über die associations syndicales, bes. Art. 15 u. 16.

2) Gemäß Art. 2 d. Ges. vom 7.—11. September 1790. Cfr. auch Laferrière I, S. 691.

3) C. E. 3. Juli 1885, Evrard-Memant, Si 87, 3, 17, es handelte sich hier um einen Gemeinderatsbeschluß, der einen Zuschlag zum gewöhnlichen Satz des Octroi festsetzte. Cfr. ferner C. E. 19. Juli 1886, Commune de Courbevoie, Leb. 615; 11. März 1887, Cie parisienne du gaz, Leb. 212; 26. Juni 1874, Lacampagne, Leb. 603.

4) Die Fälle zu a und b sind nicht zu verwechseln mit den oben (§ 3) besprochenen Fällen Poisson, Bied-Chareton und Casanova. In letzteren handelte es sich nicht um Steuern, die die Kläger selbst betrafen, sondern lediglich um das Interesse der Kläger an einer geordneten Finanzverwaltung.

c) In allen Streitigkeiten, die öffentliche Arbeiten betreffen, oder sich aus Verträgen über solche ergeben, ist der recours pour excès de pouvoir ausgeschlossen[1]). So war dies z. B. der Fall, als die Stadt Boulogne ein arrêté des Ministers der öffentlichen Arbeiten wegen excès de pouvoir angriff, durch welches der Minister dem Projekt einer neuen Bahnlinie zwischen Amiens und Calais mit Umgehung von Boulogne seine Zustimmung gab[2]). Der Rekurs wurde hier zwar auch au fond abgewiesen, zugleich aber die fin de non-recevoir festgestellt: „Considérant d'ailleurs que la décision attaquée ne fasse pas obstacle à ce que la ville de Boulogne soutienne devant la juridiction compétente que l'exécution du raccordement direct entre les lignes d'Amiens à Boulogne et de Boulogne à Calais a porté atteinte aux droits et obligations résultant de l'engagement qu'elle a pris le 24 mai 1861 de couvrir uns partie de la dépense que devait nécessiter le raccordement à la gare de Boulogne du chemin de fer projeté sur Calais; mais que cette action ne peut être soumise directement au Conseil d'État par application des lois des 7—14 octobre 1790 et du 24 mai 1872 . . . . . “ [3]).

1) Gemäß Art. 4, Abs. 2 d. Ges. v. 28. pluviôse VIII.

2) C. E. 24. Mai 1889, Ville de Boulogne-sur-Mer, D 90, 3, 95.

3) Cfr. hierher gehörig ferner C. E. 14. März 1902, Fichet, Leb. 189 und 10. Mai 1901, Aubert, Leb. 458. In letzterem Falle konnten mehrere Konzessionäre einer departementalen Tramwaylinie sich über die unter ihnen zu bildende Gesellschaft nicht einigen. Der Präfekt organisierte daher durch arrêté den provisorischen Betrieb der Linie. Der recours parallèle existiert da die Konzessionäre den Staat aus dem mit ihm geschlossenen Vertrage auf Schadloshaltung verklagen können. Anders, wenn auch scheinbar ähnlich C. E. 29. April 1904, Commune de Messé, Leb. 349. Hier hatte ein Präfekt dem conseil municipal eine Frist zur Mietung eines Lokals zwecks Unterbringung der mairie gesetzt und als dies nicht geschah, durch arrêté einen Beamten bestimmt, der den Mietvertrag abschließen sollte. Die Kommune machte zur Begründung ihres Rekurses gegen dies arrêté geltend, daß sie ein Lokal für die mairie bereits besaß. Der Staatsrat erklärte den Rekurs für recevable; es handele sich hier gar nicht um die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Vertrages, sondern darum, ob der Präfekt, als er das arrêté erließ, die Grenzen seiner Zuständigkeit überschritten habe. — Cfr. hierher gehörig auch C. E. 27. Februar 1885, C^ie^ nationale des écoles agricoles, D 86, 3, 87; 9. Juli 1880, Ville de Marseille, Si 82, 3, 4; 16. Januar 1880, Lefèbvre Si 81, 3, 45; 5. Juli 1907, Humblot, Si 08, 3, 141. In einigen der genannten Fälle — und auch im Falle Fichet — handelte es sich nicht um Verträge über öffentliche Arbeiten, sondern um Rechte, die die Kläger aus anderen mit dem Staate geschlossenen Verträgen herleiteten und die sie durch den angefochtenen Verwaltungsakt bedroht glaubten.

d) Einen interessanten Fall behandelt endlich eine Entscheidung vom 2. August 1878 (Michel)[1]). Hier hatte ein conservateur des hypothèques, der in amtlicher Eigenschaft anläßlich von Enteignungen von Grundeigentum gewisse Formalitäten vorgenommen hatte, sich an den Finanzminister mit der Bitte um Festsetzung seiner vom Staat einzuziehenden Gebühren auf Grund der Tarife vom 21. ventôse VII und 21. September 1810 gewandt und gegen den abschlägigen Bescheid den recours pour excès de pouvoir angestellt. Der Staatsrat entschied, daß allein die Gerichte zuständig seien, über die Anwendung genannter Tarife zu entscheiden, daß der Kläger daher bei den Gerichten die Festsetzung beantragen könne und wies den Rekurs als non recevable ab.

e) Daß die Tendenz des Staatsrates neuerdings dahin geht, den Begriff des recours parallèle minder weit zu fassen wie früher, geht aus einer neueren Entscheidung vom 7. August 1903 (Chabot et autres) hervor[2]). Hier hatten Wähler einen recours pour excès de pouvoir angestellt gegen einen Beschluß des Conseil général, durch welchen die Commune in Wahlsektionen eingeteilt wurde. Der Rekurs wurde vom Staatsrat als recevable angesehen, trotzdem die Wähler die Möglichkeit gehabt hätten, im contentieux électoral vorzugehen[3]). Wenn auch der Staatsrat von einem recours parallèle in dieser Entscheidung nicht spricht, sondern lediglich die fin de non-recevoir wegen mangelnden Interesses ins Auge faßt, so wird man doch, da das Vorhandensein eines recours parallèle sich nicht hinwegleugnen läßt, der Staatsrat ihn aber nicht erwähnt, hieraus schließen dürfen, daß er ihn für unbeachtlich hält.

Faßt man die besprochenen Fälle zusammen, so ergibt sich, daß der recours parallèle ein Rechtsbehelf sein muß, durch den die Partei den Folgen[4]) des anzufechtenden Verwaltungsaktes wirksam entgegenzuarbeiten in die Lage versetzt wird. Der recours parallèle muß demnach ein wirklicher recours contentieux sein, das bloße Vorhandensein des recours hiérarchique genügt nicht, um den Rekurs non recevable zu machen[5]). Denn der recours

---

1) C. E. 2. August 1878, Michel, D 79, 3, 9; Si 80, 2, 122.

2) C. E. 7. August 1903, Chabot et autres, Si 04, 3, 3.

3) Gemäß Ges. vom 31. Juli 1875.

4) Der recours parallèle braucht die Folgen allerdings nur indirekt zu beseitigen, so namentlich bei den Schadensersatzklagen.

5) C. E. 6. Juni 1879, de Vilar, Si 83, 3, 1, D 79, 3, 90; 24. Juni 1881,

hiérarchique ist ohne weiteres gegen jeden Verwaltungsakt gegeben, wenn er auch gegen gewisse Akte durch besondere Bestimmungen ausdrücklich zugelassen ist.

Ferner muß der recours parallèle ein wirklicher „recours" sein, er muß in einem aktiven Handeln des Antragstellers bestehen. Diese Regel wird besonders praktisch angesichts der règlements de police, die mit Strafandrohung gemäß Art. 471, § 15 C. pén. erlassen werden. Hat der hier Interessierte nur die Möglichkeit, die Kontravention zu begehen und dann, falls er gerichtlich verfolgt wird, vor Gericht geltend zu machen, daß das règlement de police einen excès de pouvoir enthalte und daher ungesetzlich sei? Oder hat er auch die Möglichkeit, das ganze règlement de police als solches wegen excès de pouvoir vor den Staatsrat zu bringen und dessen Aufhebung zu verlangen? Für die erstere Alternative entschied sich der Staatsrat vor Erlaß des Gesetzes von 1872 [1]), seitdem für die letztere [2]). Ja, er ist noch weiter gegangen, er hat der Partei die Möglichkeit gegeben, ein règlement de police wegen excès de pouvoir anzufechten, selbst wenn sie auf Grund desselben vom Gericht rechtskräftig zu Strafe verurteilt worden ist [3]).

Faßt man die Lehre vom recours parallèle in ihrer Gesamtheit nochmals ins Auge und fragt sich, ob sie beizubehalten oder zu verwerfen sei, so wird man sich unbedingt für das erstere ent-

Bougars, Si 82, 3, 48, D 82, 3, 51. — Andererseits hat der Staatsrat durch besondere gesetzliche Bestimmungen zugelassene Arten des recours hiérarchique (cfr. § 2, S. 23/24), so insbesondere den recours pour abus (cfr. ibid. II β) als Parallelrekurs angesehen. Cfr. hierzu Ebren, S. 107 und Revue générale d'administration 1900, I, S. 129: „L'appel comme d'abus et le recours pour excès de pouvoir", Aufsatz von Ramalho. Dort auch zitiert: C. E. 23. Juni 1893, Commune de Mattaincourt.

1) C. E. 4. Februar 1869, Mazet, Si 70, 2, 82, D 70, 3, 45.

2) C. E. 29. November 1872, Baillergeau, Leb. 671; 20. Dezember 1872, Billette, Si 74, 2, 222. Die von Laferrière II, 482/83 angerührte Streitfrage hat demnach nur noch historisches Interesse. Cfr. noch C. E. 9. April 1886, Merlat-Argellon, Si 88, 3, 5.

3) C. E. 26. November 1876, Pariset, Si 77, 3, 311; 3. August 1877, Chardin, Leb. 750. Von den beiden Entscheidungen im entgegengesetzten Sinne: C. E. 14. März 1887, Morphy, Si 86, 3, 2, D 85, 3, 9 und 19. Dezember 1879, Briet, Si 81, 3, 34, D 80, 3, 67 erging die erstere unter besonderen Umständen (cfr. Fuzier-Herman, Bd. 21, Seite 223, Bem. 227 und Laferrière, II, 485, Anm. 2), die andere faßt den Zeitpunkt der Verurteilung lediglich als Anfangspunkt der Frist ins Auge; beide können daher für vorliegende Frage nicht in Betracht kommen.

scheiden müssen. Zunächst ist den Gegnern der Lehre zuzugeben, daß sie im Gesetz keine Stütze findet. Aber findet denn die gegnerische Ansicht, die die actes de gestion dem Rekurs entzogen wissen will, irgend eine Stütze im Gesetz? Genau so wenig; denn Art. 9 d. Ges. v. 24. Mai 1872 spricht lediglich von „actes des diverses autorités administratives". Ferner ist den Gegnern der Lehre zuzugeben, daß es nicht immer ausgeschlossen ist, eine Sache vor zwei verschiedene Jurisdiktionen zu bringen. Aber der Hinweis auf die vor den Zivil- oder Strafgerichten wahlweise anzustellende Schadensersatzklage beweist doch wenig oder gar nichts. Denn in diesem Falle handelt es sich um ein und dieselbe Klage, die nur bei verschiedenen Gerichtsbarkeiten angebracht wird; ausdrücklich spricht Art. 3 C. d'instr. crim. von der action civile. Beim recours parallèle aber handelt es sich um zwei von einander vollkommen verschiedene Aktionen, die sogar, wie die Gegner zugestehen, vollständig verschiedene Resultate ergeben können. Daß eine Klage bisweilen alternativ vor mehrere Jurisdiktionen gebracht werden kann, ist daher richtig; der Satz, daß, wenn mehrere Rechtsmittel gegen einen Akt gegeben sind, zunächst das speziell gegen diesen Akt gegebene und erst subsidiär das gegen alle Akte gegebene anzuwenden ist, wird dadurch nicht erschüttert. Der recours pour excès de pouvoir ist ein allgemeines Rechtsmittel, die Bestimmung des Art. 9 ist ganz allgemein gehalten; die einzelnen Parallelrekurse sind dagegen spezielle Rechtsmittel, sie richten sich stets gegen bestimmt bezeichnete Arten von Verwaltungsakten. Wie eine lex specialis stets der lex generalis vorgeht, so muß man auch die jurisdictio specialis der jurisdictio generalis vorgehen lassen und gerade der Umstand, daß die Parallelrekurse andere Resultate liefern können, spricht für unsere Ansicht, denn diese Resultate sind nur deshalb andere als beim recours pour excès de pouvoir, weil sie der Natur des Aktes besser entsprechen. Man denke z. B. an den Parallelrekurs in Steuersachen; hier ist es viel vernünftiger und sinnvoller, dem Kläger eine Decharge zuzubilligen, als den ganzen rôle des contributions directes zu annullieren.

Man mache sich aber einmal weiter die Folgen einer ungehinderten Zulassung des Rekurses klar. Sie würde den Erfolg haben, daß vor die speziellen Jurisdiktionen, die für die einzelnen Kategorien von Streitigkeiten (Steuersachen usw.) existieren, überhaupt keine Sachen mehr gelangten. Denn das Prozessieren im

recours pour excès de pouvoir ist fast ganz kostenlos und unterliegt nicht dem Anwaltszwang; es ist natürlich, daß die Partei sich mit Vorliebe dieses Mittels bedienen würde. Dadurch aber würden die anderen Jurisdiktionen in Verwaltungssachen, sowie auch ein Teil der Jurisdiktion der ordentlichen Gerichte überflüssig, was in der Absicht des Gesetzgebers sicher nicht gelegen hat. Schließlich aber würde eine wahlweise Zulassung des recours pour excès de pouvoir und der anderen Rekurse den Nachteil mit sich bringen, daß die beiden Gerichte möglicherweise verschiedene Entscheidungen fällten und somit ein Zwiespalt in Rechtsprechung und Verwaltung herbeigeführt würde. Wenn dieser Zwiespalt in dem einen Falle der Uebertretung von Polizeireglements, Bestrafung durch die Gerichte und nachträglicher Anstellung des recours pour excès de pouvoir trotzdem möglich ist, so ist das zu bedauern; durch die Anwendung der Lehre vom recours parallèle läßt sich aber dieser Möglichkeit nicht entgegenwirken. Denn die im gerichtlichen Verfahren dem Polizeireglement entgegenzusetzende exceptio des excès de pouvoir ist, wie wir sahen, kein recours parallèle.

Thesen.

I.

Der recours pour excès de pouvoir ist als Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Befugnis, nicht als Geltendmachung eines subjektiven Rechtes anzusehen.

II.

Der recours pour excès de pouvoir ist eine wirkliche verwaltungsgerichtliche Klage, nicht eine bloße verwaltungsrechtliche Beschwerde.

III.

Die in Frankreich häufig vorgekommene Anlegung von Siegeln an die Lokalitäten aufgelöster religiöser Kongregationen, deren Mitglieder zwangsweise entfernt sind, läßt sich weder aus dem Gesetz vom 1. Juli 1901 noch aus den Ausführungsbestimmungen hierzu noch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen herleiten und ist daher als eine ungesetzliche Maßnahme zu bezeichnen.

IV.

Im Falle des § 656 BGB. (Ehemäklervertrag) handelt es sich nicht um ein vollkommen nichtiges Rechtsgeschäft; die entstehende Verpflichtung ist vielmehr als „natürliche Verbindlichkeit“ zu charakterisieren.

V.

Die Buße (§§ 186—188, 231 StGB.) ist ihrer juristischen Natur nach als eine dem Verletzten zu gewährende strafrechtliche Genugtuung besonderer Art, nicht aber als Strafe und auch nicht als zivilrechtliche Entschädigung aufzufassen.

VI.

Die »provocatio ex lege diffamari« des gemeinen Prozesses ist in die Reichszivilprozeßordnung nicht übernommen worden. Die einzige Ausnahme bildet § 926, während die negative Feststellungsklage des § 256 ZPO. nicht als ein Fall der provocatio anzusehen ist.